

Die Wirkungen
der notwendigen Streitgenossenschaft

von

Maximilian Behringer

aus Amberg/⁼Oberpfalz

1962

Die Wirkungen
der notwendigen Streitgenossenschaft

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Maximilian Behringer
aus Amberg/Oberpfalz

Approbiert am 7.12.1962



Referent: Professor Dr. K.H. Schwab
Dekan: Professor Dr. J. Herrmann

Meinen Eltern

Ü b e r s i c h t

=====

Inhalt	V
Literaturverzeichnis	XVI
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Text der Arbeit	XXIX
Lebenslauf	XXXI

I n h a l t

E i n l e i t u n g

- | | |
|---|---|
| 1. Abschnitt: Einführung in den Gegenstand der Arbeit | 1 |
| 2. Abschnitt: Detaillierung der Aufgabenstellung . . . | 7 |

H a u p t t e i l I

Die Grundlagen für die Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft gemäß § 62 ZPO

1. Kapitel

Die prozeßrechtliche Konstruktion von Wirkungsweise und Wirkungsumfang des § 62 ZPO im Spiegel der Auffassungen

- | | |
|---|----|
| 1. Abschnitt: Meinungsstand über die Wirkungsweise des § 62 ZPO und eigene Stellungnahme | 9 |
| § 1: Die Vertretertheorie | 10 |
| § 2: Die Prozeßführungstheorie | 15 |
| § 3: Die Reflextheorie | 17 |
| § 4: Die Fiktionstheorie | 21 |
| 2. Abschnitt: Die Bedeutung der vorgenannten Theorien für den Wirkungsumfang des § 62 ZPO | 23 |

2. Kapitel

Eigene Meinung über den Wirkungsumfang

1. Abschnitt: Die Voraussetzungen zur Begründung der eigenen Meinung	36
§ 1: Der Grundsatz der einheitlichen Entscheidung als Ausgangspunkt	36
§ 2: Inhalt des Grundsatzes der einheitlichen Entscheidung	41
a) Zweite Alternative des § 62 ZPO	42
b) Erste Alternative des § 62 ZPO	43
§ 3: Der Mangel der Parteieinheit	49
§ 4: Der Grundsatz der Prozeßmehrheit hinsichtlich der einzelnen Genossen	58
2. Abschnitt: Begründung der eigenen Meinung	64
§ 1: Bedeutung des Verhandelns des erschienenen Genossen	65
§ 2: Rechtsnatur des Verhandelns des erschienenen Genossen	69
a) - bezogen auf die bloße Verhandlungssäumnis	69
b) - bezogen auf den eigentlichen Verhandlungsinhalt	72
aa) Wort- und zweckbedingte Auslegung	73
bb) Logische Auslegung	74
§ 3: Inhaltsabgrenzung des Verhandelns des erschienenen Genossen	76
a) Die Konstruktion des Umfangs der Erstreckungswirkung unter dem Einfluß des materiellen Rechts	78
b) Gegenstand der "Erstreckungswirkung".	81
aa) Ausschluß des echten Vertretungsdenkens	82
bb) Unterscheidung von Vertiefungs- und Verwaltungstätigkeit	83

cc) Treu und Glauben bei der Tätigkeit des erschienenen Genossen	86
§ 4: Allgemeine Tatbestandsvorausset- zungen für die Erstreckungswirkung aus § 62 ZPO	91
a) Terminbegriff	91
b) Fristbegriff	93
c) Säumnisbegriff	95
§ 5: Folgerungen aus dem Vertretungsver- bot für die Erstreckungswirkung . .	97
§ 6: Bedingte Geltung der Erstreckungs- wirkung	100

3. Abschnitt: Zusammenhang der prozessualen Regelung nach dem Lösungsvorschlag mit der materiellen Rechtslage der notwendigen Streitgenossenschaft	105
§ 1: Bedeutung der bisher aufgestellten Theorien	106
§ 2: Beurteilung des erzielten Ergeb- nisses	107
a) Die Beziehung des Lösungsvor- schlages zum materiellen Recht und seine grundsätzlich pro- zessuale Natur	107
b) Abgrenzung des Lösungsvorschlages durch die dem § 62 ZPO gestellte Aufgabe	109
c) Die formale und damit wertungs- neutrale Struktur der vertretenen Lösung	112
d) Die Enthaltung von Ergebnissen rechtspolitischer Art	114
e) Zusammenfassung und Stellung des Lösungsvorschlages innerhalb der aufgetretenen Theorien	114

Hauptteil II

Der Verfahrensablauf im Prozeß der notwendigen Streitgenossenschaft gemäß § 62 ZPO

1. Kapitel

Die Klage

1. Abschnitt: Die Klageerhebung	117
§ 1: Die prozeßeröffnende Klageerhebung	118
a) Die Klageerhebung bei Terminversäumnis eines Genossen	118
b) Die Klageerhebung bei Fristversäumnis eines Genossen	119
c) Die Bedeutung der Klageerhebung bei den beiden Alternativen des § 62 ZPO	121
d) Einzel- oder Gemeinschaftsklage als Frage der Zulässigkeit oder Sachlegitimation	123
aa) Erste Alternative des § 62 ZPO	123
bb) Zweite Alternative des § 62 ZPO	124
§ 2: Die prozeßausdehnende Klage	129
a) Der materiellrechtliche Zusammenhang des prozeßausdehnenden Klageanspruchs mit der ursprünglichen notwendigen Streitgenossenschaft	131
b) Die Bedeutung der "Sachdienlichkeit" des prozeßausdehnenden Klageanspruchs	133
2. Abschnitt: Die Klageänderung	136
§ 1: Klageänderung seitens des erschienenen Genossen	136
§ 2: Klageänderung seitens des Gegners des erschienenen Genossen	137

§ 3: Klageerweiterung bzw. -beschränkung	139
3. Abschnitt: Die Klagerücknahme	140
§ 1: Die materiell-rechtliche Nebenwirkung der Klagerücknahme	141
§ 2: Die prozessuale Erschwerung der Klagerücknahme	144
§ 3: Die Klagerücknahme in ihrer Bedeutung für die Frage der Einflußnahme auf die notwendige Streitgenossenschaft	146
a) Das "Einwirkungsrecht" des tätigen Genossen	146
b) Die auf die unterschiedliche Vornahmemöglichkeit gestützte Sonderbehandlung der Klagerücknahme in der Literatur	148
c) Die Ablehnung einer Korrektur durch Billigkeitserwägungen	149
§ 4: Die Klagerücknahme seitens des Gegners des erschienenen Genossen	151
4. Abschnitt: Die Folgen einer für den säumigen Genossen unwirksamen Klageabänderungshandlung des erschienenen Genossen	152
§ 1: Erste Alternative des § 62 ZPO	155
§ 2: Zweite Alternative des § 62 ZPO	156

2. Kapitel

Die Prozeßvoraussetzungen

1. Abschnitt: Allgemeine Anwendbarkeit der Erstreckungswirkung	157
§ 1: Zur Einordnung der Prozeßvoraussetzung in den Problembereich des § 62 ZPO	157
a) Die Ablehnung der Bedenken aus dem förmlichen Verfahrensaufbau	157

b) Die Fragestellung für die Behandlung der Prozeßvoraussetzung durch § 62 ZPO	158
§ 2: Die Anwendung der erarbeiteten Grundsätze	160
a) Die Folgerungen aus dem Grundsatz der Prozeßmehrheit	160
b) Das Hindernis des Vertretungsverbots	161
 2. Abschnitt: Allgemeine Prozeßvoraussetzungen	163
§ 1: Die Prozeßvoraussetzungen im engeren Sinne	163
a) Die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO	163
b) Die beiden Alternativen des § 62 ZPO	164
§ 2: Die Prozeßvoraussetzungen im weiteren Sinne ("Prozeßhindernisse")	165
a) Die begrenzte Erstreckungswirkung des § 62 ZPO	165
b) Die Folgen der begrenzten Erstreckungswirkung für den Prozeß des säumigen Genossen	167
aa) Erste Alternative des § 62 ZPO	168
bb) Zweite Alternative des § 62 ZPO	169
 3. Abschnitt: Besondere Prozeßvoraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft	170
§ 1: Die gemeinschaftliche Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft	170
§ 2: Der Gerichtsstand der notwendigen Streitgenossenschaft	171

3. Kapitel

Die Prozeßhandlungen

1. Abschnitt: Prozeßhandlungen des allein erschienenen Genossen	175
1. Teil: Allgemeine Bedeutung des § 62 ZPO für die Prozeßhandlung des erschienenen Genossen	175
§ 1: Die Prozeßhandlung in ihrer von Nebenwirkungen entkleideten Form . . .	175
a) Die Charakteristik der einzelnen Prozeßhandlung als untaugliches Unterscheidungsmerkmal.	176
b) Unterscheidungsfaktoren der Prozeßhandlung von rechtlicher Bedeutung für den Lösungsvorschlag . . .	178
c) Zusammenfassung	180
§ 2: Die Prozeßhandlung mit materiell-rechtlicher Nebenwirkung	180
a) "Prozeßhandlungen" als Mischtatbestände	180
b) Trennung der materiell-rechtlichen und prozessualen Betrachtung der Prozeßhandlung	182
c) Folgerungen hinsichtlich der Erstreckungswirkung aus § 62 ZPO . . .	183
2. Teil: Einzelne Prozeßhandlungen	187
§ 1: Verzicht und Anerkenntnis	187
§ 2: Geständnis	192
§ 3: Prozeßvergleich und außergerichtlicher Vergleich	194
a) Die äußerliche Gleichordnung des Vergleichs mit den übrigen Prozeßhandlungen	194
b) Die unterschiedlichen Verlautbarungsformen	195
aa) für den außergerichtlichen Vergleich	196
bb) für den Prozeßvergleich	196

c)	Die Bedeutung der von der typischen Prozeßhandlung abweichenden Stellung des Vergleichs . . .	198
aa)	Der Gedanke der Divergenzvermeidung als Erscheinungsform des Einheitlichkeitsgrundsatzes	198
bb)	Der für den Vergleich begriffsnotwendige Ausschluß der Divergenzmöglichkeit. . .	200
cc)	Folgerungen aus der Divergenzlosigkeit für die Anwendbarkeit des § 62 ZPO . .	201
d)	Die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO auf den Vergleich in ihrer Auswirkung auf die beiden Fallalternativen	202
§ 4:	Unterlassene Prozeßhandlung, Rüge und Präklusion	206
a)	Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Prozeßhandlung und Rüge sowie deren Unterlassung . .	206
b)	Die einschränkende Auswirkung der erarbeiteten Grundsätze . . .	208
c)	Die Fragwürdigkeit der an die Unterlassung geknüpften Präklusionswirkung im Rahmen des § 62 ZPO	210
2. Abschnitt:	Prozeßhandlungen mehrerer erschie- nener Genossen	213
§ 1:	Die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO und ihre Folgen	213
§ 2:	Das sogenannte "widersprechende" Verhalten als echter Sonderfall der notwendigen Streitgenossenschaft	216
§ 3:	Der Eingriff in die Bindungswirkungen der Prozeßhandlungen als Lösung des widersprechenden Verhaltens	219
a)	Der Gesamtausschluß der Bindungswirkungen aller Prozeßhandlungen	219

b) Der Gesamtausschluß aller Bindungswirkungen einzelner Prozeßhandlungen	220
c) Die Teilbeschränkung einzelner Bindungswirkungen	222

4. Kapitel

Die Prozeßbeendigung

1. Abschnitt: Das Urteil	226
§ 1: Das Endurteil	226
§ 2: Das Versäumnisurteil	226
a) Die Bejahung der Säumnisentscheidung als bedingt zulässige Prozeßbeendigung im Falle des § 62 ZPO	226
b) Besondere Säumnisfälle der notwendigen Streitgenossenschaft und ihre prozessuale Behandlung	229
aa) Das Ausscheiden des erschienenen Genossen aus der Streitgenossenschaft	229
bb) Die Bedeutung der fehlerhaften Ladung eines der nicht-erschiedenen Genossen	229
c) Die differenzierte Behandlung der beiden Fallalternativen	233
aa) Zweite Alternative des § 62 ZPO	234
bb) Erste Alternative des § 62 ZPO	235
2. Abschnitt: Der Stillstand des Prozesses	236
§ 1: Die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO und die Folgerungen der herrschenden Meinung	236
§ 2: Kritik an der herrschenden Meinung hinsichtlich dieser Prozeßlage	238
a) Zweite Alternative des § 62 ZPO	238
b) Erste Alternative des § 62 ZPO	239
c) Zusammenfassung	240

5. Kapitel

Rechtsmittel und Rechtsbehelf

1. Abschnitt: Grundlagen für die Anwendbarkeit des § 62 ZPO auf Rechtsbehelfe . . .	241
§ 1: Ausgangspunkt der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO bei der Einlegung des Rechtsbehelfs	241
§ 2: Ablehnung der "Unauflöslichkeit" der notwendigen Streitgenossenschaft.	242
a) Allgemein-rechtliche Gründe	244
b) Logische Gründe	245
c) Rechtsvergleich von erst- und zweitinstantieller Verfahrenseinleitung	247
d) Zusammenfassung für beide Alternativen des § 62 ZPO	250
§ 3: Die Behandlung der Rechtskraft hinsichtlich der erstinstantiellen Entscheidung	252
2. Abschnitt: Die einzelnen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel	257
§ 1: Beschwerde und sofortige Beschwerde	257
§ 2: Berufung, Revision und Einspruch	259
a) Die Stellung des untätigen Genossen als "Beteiligter"	259
b) Die Bedeutung der Fristversäumung	262
§ 3: Wiederaufnahmeklagen	263
3. Abschnitt: Die Durchführung des Rechtsbehelfsverfahrens	264
§ 1: Der Rechtsbehelf des einzelnen Genossen	264
a) bei der zweiten Alternative des § 62 ZPO	264
b) bei der ersten Alternative des § 62 ZPO	266

§ 2: Die Rechtsbehelfe aller Genossen und ihre Zurücknahme	269
§ 3: Der Rechtsbehelf des Gegners	271

6. Kapitel

S c h l u ß

1. Abschnitt: Zusammenfassung des Arbeits- ergebnisses in seinen wesent- lichen Punkten	274
2. Abschnitt: Abschließende Betrachtung des Arbeitsergebnisses hin- sichtlich seiner Stellung innerhalb des allgemeinen Prozeßrechts	277

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

=====

A m e l u n x e n , Julius von,
"Die sogenannte notwendige Streitgenossenschaft der deutschen Zivilprozeßordnung", Tübingen 1881,
Zitierweise: Amelunxen

B a u m b a c h (Adolf) - L a u t e r b a c h (Wolfgang),
"Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz",
Kurzkommentar, München und Berlin, 25. Auflage 1958,
Zitierweise: Baumbach-Lauterbach

B a u m g ä r t e l , Gottfried,
a) "Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei
im Zivilprozeß", Berlin und Frankfurt am Main, 1957,
Zitierweise: Baumgärtel
b) "Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im
Erkenntnisverfahren", ZZP 69/89 f.,
Zitierweise: Baumgärtel ZZP

B l o m e y e r , Arwed,
"Einzelanspruch und gemeinschaftlicher Anspruch von Miterben und Miteigentümern", AcP 159/385 f.,
Zitierweise: Blomeyer

B u l l , Hans-Joachim,
"Krisis oder Bewährung der notwendigen Streitgenossenschaft?", ZMR 1953/303 (271) f.,
Zitierweise: Bull

C a n s t e i n , von,
"Stellung des Nebenintervenienten nach der Zivilprozeßordnung", ZZP 8/239 f.,
Zitierweise: Canstein

D r e y e r ,
"Zu § 59 der Zivilprozeßordnung", Gruchot 13/16 f.,
Zitierweise: Dreyer

D u b o w y (Ernst) - S e s s e r (Julius) - P o l l a k (Rudolf),
"Zivilprozeßordnung und Jurisdiktion samt den Einfüh-

rungsgesetzen und den sonstigen einschlägigen Vorschriften", Kurzkomentar, Wien, 2. Auflage 1928,
Zitierweise: Dubowy-Sesser-Pollak

"Entwurf einer Zivilprozeßordnung", veröffentlicht
durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1931,
Zitierweise: Entwurf

F ö r s t e r (A.) - K a n n (Richard),
"Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich", Kom-
mentar, Berlin, 3. Auflage 1913/1926,
Zitierweise: Förster-Kann

F r a n k , Reinhard,
"Der Einfluß des Todes einer Partei auf das Feststel-
lungsverfahren im ordentlichen Prozeß", ZZP 13/184 f.,
Zitierweise: Frank

F r e u d e n t h a l (Hugo) - S a u e r l ä n d e r
(Johann David),
"Zivilprozeßordnung nebst dem Einführungsgesetz und
den zugehörigen Nebengesetzen", Kommentar, München,
4. Auflage 1926,
Zitierweise: Freudenthal-Sauerländer

F u h r , Eberhard,
"Die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft",
Gießen 1927,
Zitierweise: Fuhr

G o l d s c h m i d t , James,
a) "Der Prozeß als Rechtslage", Berlin 1925,
Zitierweise: Goldschmidt, Prozeß
b) "Zivilprozeßrecht", Berlin, 2. Auflage 1932,
Zitierweise: Goldschmidt, ZPR

H a c h e n b u r g , Max,
"Die besondere Streitgenossenschaft", Mannheim 1889,
Zitierweise: Hachenburg

H a h n , C.,
"Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen",
2. Band: "Materialien zur Zivilprozeßordnung", Berlin,
1880,
Zitierweise: Hahn

H a n g e n ,
"Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft", Lahr 1895,
Zitierweise: Hangen

H e i n ,
Besprechung einer Entscheidung, JW 1926/1583-Nr. 1,
Zitierweise: Hein

H e l l m a n n ,
"Zur Lehre von der sogenannten notwendigen Streitge-
nossenschaft", ZZP 17/1 f.,
Zitierweise: Hellmann

H e l l w i g , Konrad,
a) "Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts",
Leipzig 1903-1909,
Zitierweise: Hellwig, Lehrbuch
b) "System des Deutschen Zivilprozeßrechts",
Leipzig 1912-1919,
Zitierweise: Hellwig, System

H o l z h a m m e r , Richard,
"Bemerkungen zur einheitlichen Streitpartei",
ÖJZ 1959/619,
Zitierweise: Holzhammer

H u n d e r t m a r k , Hans,
"Welche Wirkungen hat die Klagerücknahme eines BGB-
Gesellschafters bei gemeinsam erhobener Klage?",
DJZ 1930/968,
Zitierweise: Hundertmark

I h e r i n g , Rudolf von,
"Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher
Tatsachen auf dritte Personen", IhJ 10/245 f.,
Zitierweise: Ihering

J o h a n n s e n ,
Besprechung einer Entscheidung, LM (3) § 62 ZPO,
Zitierweise: wie Fundstelle

K i s c h , Wilhelm,,
"Begriff und Wirkungen der besonderen Streitgenossen-
schaft", Straßburg 1899,
Zitierweise: Kisch

K o h l e r , Josef,
"Der Prozeß als Rechtsverhältnis", Mannheim 1888,
Zitierweise: Kohler

K r u g , Ludwig,
"Die Urheberbenennung", ZZP 20/299 f.,
Zitierweise: Krug

Lent-Festschrift
Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag
6.1.1957, herausgegeben von Leo Rosenberg und Karl-Heinz
Schwab, München-Berlin 1957
Zitierweise: Lent-Festschrift

L e n t , Friedrich,

- a) "Die notwendige und die besondere Streitgenossen-
schaft", IhJ 90/27 f.,
Zitierweise: Lent IhJ
- b) "Die rein prozessuale Bedeutung des Anerkenntnisses",
Rosenberg-Festschrift, S. 123 f.,
Zitierweise: Lent, Rosenberg-Festschrift

L e v e t z o w , Benno,
"Die notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des
§ 62 ZPO", Rostock 1901,
Zitierweise: Levetzow

L u x , Walter,
"Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft", München
1906,
Zitierweise: Lux

M e d i c u s , Franz Albrecht,
"Tatbestand und Fälle der besonderen Streitgenossen-
schaft (§ 62 ZPO)", Straßburg 1914,
Zitierweise: Medicus

M e y e r , H.,

- a) Besprechung zu "Max Hachenburg, Die besondere Streit-
genossenschaft" ZZP 14/367 f.,
 - b) Besprechung zu "Friedrich Wachenfeld, Die notwendige
Streitgenossenschaft des § 59 CPO", ZZP 20/505 f.,
- Zitierweise: Meyer ZZP

M e y e r (Hans) - H i r s c h m a n n (Theobald) -
S c h i l l e r (Karl),
"Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz",
Kommentar, Nürnberg, 3. Auflage 1932,
Zitierweise: Meyer-Hirschmann

Motive zum Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen
Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat,
Berlin 1864,
Zitierweise: Motive zur Preußischen Prozeßordnung

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches
für das Deutsche Reich, Band I, Berlin-Leipzig 1888,
Zitierweise: Motive zum Entwurf

N i k i s c h , Arthur,
"Zivilprozeßrecht", Lehrbuch, Tübingen, 2. Auflage 1952,
Zitierweise: Nikisch

P a l a n d t , Otto,
"Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Ne-
bengesetzen", Kurzkommentar, München-Berlin, 16. Auflage
1957 sowie 19. Auflage 1960,
Zitierweise: Palandt-(Bearbeiter), ... Auflage

P e t e r s e n ,
Besprechung zu "Friedrich Wachenfeld, Die notwendige
Streitgenossenschaft des § 59 CPO", Gruchot 39/721 f.,
Zitierweise: Petersen Gruchot

P o l l a k , Rudolf,
"System des Österreichischen Zivilprozeßrechts mit
Einschluß des Exekutionsrechts", I. Teil, Wien,
2. Auflage 1930,
Zitierweise: Pollak

Rosenberg-Festschrift
"Beiträge zum Zivilprozeßrecht", Festgabe zum sechzig-
sten Geburtstag von Leo Rosenberg, München-Berlin 1949,
Zitierweise: Rosenberg-Festschrift

R o s e n b e r g , Leo,

- a) "Stellvertretung im Prozeß", Berlin 1908,
Zitierweise: Rosenberg, Stellvertretung
- b) "Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts", München-
Berlin, 8. Auflage 1960,
Zitierweise: Rosenberg, Lehrbuch
- c) "Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung unter be-
sonderer Berücksichtigung des Urteilsverfahrens",
ZZP 57/184 f.,
Zitierweise: Rosenberg ZZP
- d) Besprechung einer Entscheidung, JW 1931/3541,
Zitierweise: Rosenberg JW

S a m p e r , Rudolf,
"Die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO) im
Verfahren", Erlangen 1939,
Zitierweise: Samper

S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Ludwig,
"Beiträge zur Lehre vom Vergleich", Breslau 1929,
Zitierweise: Schnorr von Carölsfeld

S c h ö n k e , Adolf,
"Zivilprozeßrecht", eine systematische Darstellung,
Karlsruhe, 5. Auflage 1948,
Zitierweise: Schöнке

S c h ö n k e (Adolf) - S c h r ö d e r (Horst) -
N i e s e (Werner),
"Lehrbuch des Zivilprozeßrechts", Karlsruhe,

8. Auflage 1956,
Zitierweise: Schönke-Schröder-Niese

S c h w a b , Karl Heinz,

- a) Besprechung zu "Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht", ZZP 70/477 f.,
Zitierweise: Schwab ZZP
- b) "Der Streitgegenstand im Zivilprozeß", München-Berlin 1954,
Zitierweise: Schwab, Streitgegenstand
- c) "Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft", Lent-Festschrift, S. 271 f.,
Zitierweise: Schwab, Lent-Festschrift

S e u f f e r t (Lothar von) - W a l s m a n n (Hans),
"Kommentar zur Zivilprozeßordnung", Band I, München,
12. Auflage 1932
Zitierweise: Seuffert-Walshmann

S i t z l e r , Max,
"Die notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 der Zivilprozeßordnung", Greifswald 1901,
Zitierweise: Sitzler

S k o n i e t z k i (Richard) - G e l p c k e (Max) -
K r a e m e r (Wilhelm) - S c h u l z e (Alfred),
"Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen und den Preußischen Ausführungsgesetzen", Berlin 1905-1916,
Zitierweise: Skonietzki-Gelpcke

S t a g e l (Friedrich) - M i c h l m a y r (Eduard),
"Zivilprozeßordnung und Jurisdiktionsnorm samt den Einführungsgesetzen und den Durchführungsverordnungen", Wien, 12. Auflage 1960,
Zitierweise: Stagel-Michlmayr

S t a u d i n g e r , I. von,
"Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen", Band I -Allgemeiner Teil-, Berlin, 11. Auflage 1957,
Zitierweise: Staudinger-(Bearbeiter)

S t e i n (Friedrich) - J o n a s (Martin) -
S c h ö n k e (Adolf) - P o h l e (Rudolf),
"Kommentar zur ZPO", Tübingen, Stand 1960, 18. Auflage,
Zitierweise: Stein-Jonas

S y d o w (Reinhold) - B u s c h (Louis) -
K r a n t z (Walter) - T r i e b e l (Franz),
"Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz
nebst Anhang", Kommentar, Berlin-Leipzig, 22. Auf-
lage 1941,
Zitierweise: Sydow-Busch

W a c h , Adolf,

- a) "Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts", Leip-
zig 1885,
Zitierweise: Wach, Handbuch
- b) "Der Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung",
KrVJSchr 14/329 f.,
Zitierweise: Wach KrVJSchr

W a c h e n f e l d , Friedrich,

- a) "Die notwendige Streitgenossenschaft des § 59 CPO",
Hannover 1894,
Zitierweise: Wachenfeld
- b) Besprechung zu "Wilhelm Kisch, Begriff und Wirkun-
gen der besonderen Streitgenossenschaft", ZZP 13/
94 f.,
Zitierweise: Wachenfeld ZZP

W a l s m a n n , Hans,
"Die streitgenössische Nebenintervention", Leipzig 1905,
Zitierweise: Walsmann

W a r m u t h ,
"Von der Streitgenossenschaft nach der Deutschen CPO",
ZZP 1/497 f.,
Zitierweise: Warmuth ZZP

W a r n e y e r , Otto,
"Die Zivilprozeßordnung, erläutert durch die Rechts-
sprechung", Berlin, 7. Auflage 1937,
Zitierweise: Warneyer ZPO

W e i s m a n n , Jakob,
"Hauptintervention und Streitgenossenschaft",
Leipzig 1884,
Zitierweise: Weismann

W i e c z o r e k , Bernhard,

- a) "Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert (Großkommentar)", Band I, 1. Teilband, Berlin 1957,
 - b) "Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handausgabe, auf Grund der Rechtsprechung erläutert", Berlin 1960,
- Zitierweise für a) und b): Wieczorek (-die Bezeichnung der Anmerkung ist in beiden Werken gleich-)

W o l f f , Horst,
"Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft",
Köln 1934,
Zitierweise: Wolff

W o l f f , Karl,
"Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts",
Wien, 2. Auflage 1947,
Zitierweise: Karl Wolff

Z i m m e r m a n n , Marie-Adolphe,
"Die qualifizierte Streitgenossenschaft", Heidel-
berg 1909,
Zitierweise: Zimmermann

Z ö l l e r (Richard) - K a r c h (Walter) -
S c h e r ü b l (Franz),
"Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz",
Kommentar, München, 8. Auflage 1957,
Zitierweise: Zöllner

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

=====	
a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
bea.	beachte
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
C.P.O.	Zivilprozeßordnung (alte Fassung)
d.h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
f.	fortfolgend(e)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung, Ergänzungsblatt zur "Deutschen Justiz" und zur Amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen
IhJ	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht Berlin
KO	Konkursordnung
KritVJSchr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung

österr.ZPO	Gesetz vom 1.8.1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (für Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RsprOLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
S.	Seite
s.	siehe
Seuff.Arch.	I.A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
u.a.	und andere / unter anderem
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
WarnRspr.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

T e x t d e r A r b e i t

=====

Die Wirkungen
der notwendigen Streitgenossenschaft

E i n l e i t u n g

1. Abschnitt: Einführung in den Gegenstand der Arbeit.

Die Streitgenossenschaft ist eine dem Zivilprozeß angehörige Rechtsfigur. Dort ist vorgesehen, daß mehrere Personen *g e m e i n s c h a f t l i c h* - und damit beginnt die Besonderheit! - an einem einzigen Prozeß teilnehmen, d.h. klagen oder verklagt werden können (1).

Grundsätzlich führt entsprechend seiner rechtlichen Selbständigkeit (2) jeder von ihnen den Prozeß "für sich" ohne Rücksicht auf das Verhalten des anderen; es versteht sich deshalb von selbst, daß die Urteile in einem solchen Prozeß keineswegs als gleichlautende ergehen müssen (3). In diesem Punkte tritt aber eine weitere Besonderheit hinzu: Kann nämlich aus Gründen des bürgerlichen (4) Rechts das streitige Rechtsverhältnis allen diesen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist diese Streitgenossenschaft aus einem son-

- 1) Diese - "einfache" genannte - Streitgenossenschaft ist als ein Fall der subjektiven Klagenhäufung in den §§ 59 - 61, 63 ZPO geregelt und nimmt am Gegenstand vorliegender Untersuchung nicht teil.
- 2) Dies ergibt § 61 ZPO; vgl. auch unten S. 59 zu Note 229.
- 3) Denn jeder kann sich unterschiedlicher Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel bedienen, wonach sich der jeweilige Prozeßerfolg richten muß; dies entspricht ebendem Wesender "einfachen" Streitgenossenschaft (-vgl. oben Note 1-).
- 4) Gemeint ist damit das materielle Recht, das die sachliche Entscheidung des Richters trägt und daher vom formellen Recht -der Prozeßordnung- streng zu scheiden ist.

stigen Grunde eine "notwendige" (5), so muß denknotwendig die rechtliche Möglichkeit, daß untereinander verschiedene und sogar widersprechende Urteile in derselben Sache gegenüber dem einen oder anderen notwendigen Streitgenossen ergehen, unter allen Umständen ausgeschlossen werden (6). Es ist ohne weiteres verständlich, daß der Sache des Rechts in keiner Weise geholfen wäre, wenn für solche, jene geschilderten Besonderheiten aufweisenden Sachverhalte nicht entsprechende Spezialregelungen in der Rechtssystematik vorgesehen wären. Diesem Zweck dient daher die Einführung der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO: Er ist es, der den gesetzgeberischen Grund für diese Rechtsnorm darstellt und den zentralen Ausgangspunkt für alle auftretenden Zweifelsfragen darstellen muß. Ihn zu sichern, ist eine Forderung, der jedoch die bloße Institution der notwendigen Streitgenossenschaft selbstverständlich nicht genügen könnte; denn für die Frage, wie solche Divergenzurteile zu verhindern sind, besagt die Einteilung der notwendigen Streitgenossenschaft entsprechend den beiden nur in ihren

- 5) Mit diesen Worten hat das Gesetz in § 62 Abs. I, 1. Halbsatz der ZPO die tatbestandmäßigen Voraussetzungen von solchen Rechtslagen, die zur Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft führen, festgelegt. Neuerdings ist auf sie Schwab, Lent-Festschrift, S. 271 f., eingegangen. Hier allerdings sind auch sie n i c h t zu erörtern; vielmehr wird im folgenden das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft jeweils unterstellt.
- 6) So bereits die Begründung des Entwurfs zu § 59 C.P.O. bei Hahn, S. 173, 174 und Warmuth ZZP 1/501 im ersten Jahr der praktischen Bewährung der C.P.O. (1879); vgl. auch unten Noten 129, 1233.
Eine Darstellung der Geschichte der einfachen und insbesondere der notwendigen Streitgenossenschaft liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit; vgl. hierüber Hahn, S. 173; Levetzow, S. 40 - 50; Lux, S. 3 - 24; Sitzler, S. 10 - 23; Wachenfeld, S. 1 - 62 (-und die Kritik hieran durch Meyer ZZP 20/505-Nr. 10 sowie Petersen Gruchot 39/721-Nr. 57); Zimmermann, S. 12 - 22.

E i n l e i t u n g

1. Abschnitt: Einführung in den Gegenstand der Arbeit.

Die Streitgenossenschaft ist eine dem Zivilprozeß angehörige Rechtsfigur. Dort ist vorgesehen, daß mehrere Personen **g e m e i n s c h a f t l i c h** - und damit beginnt die Besonderheit! - an einem einzigen Prozeß teilnehmen, d.h. klagen oder verklagt werden können (1). Grundsätzlich führt entsprechend seiner rechtlichen Selbständigkeit (2) jeder von ihnen den Prozeß "für sich" ohne Rücksicht auf das Verhalten des anderen; es versteht sich deshalb von selbst, daß die Urteile in einem solchen Prozeß keineswegs als gleichlautende ergehen müssen (3). In diesem Punkte tritt aber eine weitere Besonderheit hinzu: Kann nämlich aus Gründen des bürgerlichen (4) Rechts das streitige Rechtsverhältnis allen diesen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist diese Streitgenossenschaft aus einem son-

- 1) Diese - "einfache" genannte - Streitgenossenschaft ist als ein Fall der subjektiven Klagenhäufung in den §§ 59 - 61, 63 ZPO geregelt und nimmt am Gegenstand vorliegender Untersuchung nicht teil.
- 2) Dies ergibt § 61 ZPO; vgl. auch unten S. 59 zu Note 229.
- 3) Denn jeder kann sich unterschiedlicher Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel bedienen, wonach sich der jeweilige Prozeßerfolg richten muß; dies entspricht ebendem Wesen der "einfachen" Streitgenossenschaft (-vgl. oben Note 1-).
- 4) Gemeint ist damit das materielle Recht, das die sachliche Entscheidung des Richters trägt und daher vom formellen Recht - der Prozeßordnung - streng zu scheiden ist.

stigen Grunde eine "notwendige" (5), so muß denknotwendig die rechtliche Möglichkeit, daß untereinander verschiedene und sogar widersprechende Urteile in derselben Sache gegenüber dem einen oder anderen notwendigen Streitgenossen ergehen, unter allen Umständen ausgeschlossen werden (6). Es ist ohne weiteres verständlich, daß der Sache des Rechts in keiner Weise geholfen wäre, wenn für solche, jene geschilderten Besonderheiten aufweisenden Sachverhalte nicht entsprechende Spezialregelungen in der Rechtssystematik vorgesehen wären. Diesem Zweck dient daher die Einführung der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO: Er ist es, der den gesetzgeberischen Grund für diese Rechtsnorm darstellt und den zentralen Ausgangspunkt für alle auftretenden Zweifelsfragen darstellen muß. Ihn zu sichern, ist eine Forderung, der jedoch die bloße Institution der notwendigen Streitgenossenschaft selbstverständlich nicht genügen könnte; denn für die Frage, wie solche Divergenzurteile zu verhindern sind, besagt die Einteilung der notwendigen Streitgenossenschaft entsprechend den beiden nur in ihren

-
- 5) Mit diesen Worten hat das Gesetz in § 62 Abs.I, 1. Halbsatz der ZPO die tatbestandmäßigen Voraussetzungen von solchen Rechtslagen, die zur Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft führen, festgelegt. Neuerdings ist auf sie Schwab, Lent-Festschrift, S. 271 f., eingegangen. Hier allerdings sind auch sie n i c h t zu erörtern; vielmehr wird im folgenden das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft jeweils unterstellt.
- 6) So bereits die Begründung des Entwurfs zu § 59 C.P.O. bei Hahn, S. 173, 174 und Warmuth ZZP 1/501 im ersten Jahr der praktischen Bewährung der C.P.O. (1879); vgl. auch unten Noten 129, 1233.
Eine Darstellung der Geschichte der einfachen und insbesondere der notwendigen Streitgenossenschaft liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit; vgl. hierüber Hahn, S. 173; Levetzow, S. 40 - 50; Lux, S. 3 - 24; Sitzler, S. 10 - 23; Wachenfeld, S. 1 - 62 (-und die Kritik hieran durch Meyer ZZP 20/505-Nr. 10 sowie Petersen Gruchot 39/721-Nr. 57); Zimmermann, S. 12 - 22.

Voraussetzungen zu unterscheidenden Fallgruppen allein noch nichts (7). Deshalb knüpft das Prozeßrecht kraft seines ausdrücklichen, jedoch ziemlich knappen Wortlauts an die notwendige Streitgenossenschaft besondere F o l g e n (8) für ihren weiteren Prozeßablauf an. Diese allein -mit anderen Worten: die Probleme bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft im Prozeßablauf- sind Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Wegen jener bereits genannten kargen positivrechtlichen Regelung kann sich die Rechtsfigur der sogenannten "notwendigen" oder "besonderen" Streitgenossenschaft (9) einer Problematik rühmen, die zu den schwierigsten und umstrittensten unseres Zivilprozeßrechts zählt (10). Auch heute noch, nachdem die "Civilprozeßordnung" vom 30. Januar 1877 schon seit über achtzig Jahren verkündet ist (11), gilt die jetzige Vorschrift des § 62 ZPO - hier sedes materiae - als ein "Kreuz" der Rechtsprechung (12)! Mit ihr gibt das Gesetz das einzi-

-
- 7) Vgl. hierüber unten Noten 141, 142.
- 8) -im Gegensatz zu den besonderen Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft; vgl. oben Note 5-
- 9) Leider hat sich eine einheitliche Bezeichnung in der Literatur noch nicht eingebürgert. Vgl. hierzu Schwab, Lent-Festschrift, S. 272 zu I/3 und dort Note 1 sowie hier unten Noten 141, 142.
- 10) Hein in der Besprechung zu KG JW 1926/1583-Nr.1 hat dies dem Kammergericht gleichsam als Vorwurf deutlich vorgehalten.
- 11) RGBl. I 1877/244
- 12) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 1; Samper S. 2, der mit Recht darauf hinweist, daß sich die Schwierigkeit dieser Gesetzesmaterie schon aus der Vielgestaltigkeit der darauf fußenden Theorien und den starken Schwankungen der höchstrichterlichen Recht-

ge Mal (13) überhaupt eine Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft, wobei fast einhellige Meinung in der Lehre und Rechtsprechung darüber besteht, daß der unbestrittene Mangel dieser Bestimmung in ihrer ausgesprochenen Dürftigkeit und Unzulänglichkeit zu suchen ist (14).

Zwar hat die gesamte ZPO nicht gerade selten eine Änderung ihrer einzelnen Vorschriften erfahren müssen (15). Aber -wie ein kurzer Vergleich des Gesetzes in seinem diskussionslos angenommenen (16) Entwurf (17) von 1877

sprechung leicht erkennen läßt.

- 13) Zwar sprach sich das Gesetz über die notwendige Streitgenossenschaft auch im Falle der Eideszuschiebung -§ 472 ZPO- aus. Jedoch wurde diese Bestimmung durch die Novelle vom 27.10.1933, RGBl. I 1933/780, aufgehoben. Sie ist daher nicht geeignet, zu einer fundierten Erforschung der Rechtslage herangezogen zu werden: Denn es erscheint nicht möglich, an Hand einer obsoleten und ausdrücklich aufgehobenen Gesetzesnorm auf den dogmatischen Gehalt des jetzt geltenden Rechts Rückschlüsse herzuleiten. Vgl. auch unten Note 214 sowie für einen Sonderfall der notwendigen Streitgenossenschaft Note 719.
- 14) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 95 III/1, der dies mit dem Begriff der "Sondernorm", die im übrigen den allgemeinen Vorschriften der §§ 61, 63 ZPO zurückweiche, umschreibt und diesen Gedanken bei der Besprechung zu RG JW 1931/3541 wiederholt; vgl. ebenso Schwab, Lent-Festschrift, S. 271 zu I/2; Samper, S. 70; Medicus, S. 7; Wolff, S. 39; Stein-Jonas § 62 ZPO, Anm. I, die die gesetzliche Regelung offen als eine "keineswegs ... abschließende allgemeine Norm" bezeichnen.
- 15) Vgl. die Übersicht bei Baumbach-Lauterbach, Einleitung Anm. I; Stein-Jonas, Einleitung A, §§ 3 f.
- 16) Vgl. Hahn, S. 542, 978.
- 17) Vgl. Hahn, S. 11 § 59.

mit seiner jetzigen Fassung (18) leicht erkennen läßt: an den Wortlaut für die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft wurde nicht gerührt!

Auch als die ursprüngliche Vorschrift des § 59 C.P.O. der alten Fassung in die jetzige Form des § 62 ZPO gebracht wurde (19), blieb die Gelegenheit ungenutzt, sie auch in ihrem materiellen Gehalt zu erneuern. Nach wie vor lautet (20)

§ 62 ZPO:

Abs. I : Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Abs. II: Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

Dieser obigen Kritik unterliegt auch der "Entwurf einer Zivilprozeßordnung durch das Reichsjustizministerium" aus dem Jahre 1931. Wenngleich sich derselbe durch das Bestreben auszeichnet, so wenig wie möglich zu ändern (21),

-
- 18) Fassung vom 20.9.1950, BGBl. I 1950/533
- 19) Gesetz vom 17.5.1898 (RGBl. 1898/189 und -Neufassung- 1898/410)
- 20) Vgl. zum Unterschied dazu den Text der österreichischen Vorschrift des § 14 öZPO (unten Note 900).
- 21) Vgl. Rosenberg ZZP 57/189 § 1/I; vgl. auch den amtlichen Entwurf, S. 17, § 65 Abs. II.

so kann dieser Umstand für die Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft keineswegs begrüßt werden (22). Kein Geringerer als Rosenberg - einer der Altmeister unseres Zivilprozeßrechts - meinte damals (-wohl um zu einer Verbesserung anzutreiben noch bloß im Konjunktiv!-), "... es wäre ein arges Armutszeugnis, wenn wir nicht imstande sein sollten, gewisse Mängel der ZPO ... der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts ... zu beseitigen ..." (23)! Aber mehr als 25 Jahre seit dieser Äußerung haben es nicht vermocht, eine Wende herbeizuführen.

Damit muß aber zugleich jeder Gedanke daran abgelehnt werden, die allseits bekannten (24) Schwierigkeiten der notwendigen Streitgenossenschaft und ihr echtes Bedürfnis nach Verbesserung seien in ihrer Bedeutung verkannt worden: Bereits im Jahre 1901 hat das Reichsgericht in diesem Zusammenhang deutlich genug von einem "bedauerlichen Mißstand" gesprochen (25), der große Zweifel hervorrufe und kaum eine in jeder Beziehung befriedigende Lösung zulasse. Zu dieser Beurteilung stehen Lehre und Rechtsprechung -wenn auch in vielem abweichend- auch heute noch (26).

22) Rosenberg ZZP 57/220 IV, § 5/1 /III 3 hat seine Unzufriedenheit mit dem amtlichen Entwurf nur spärlich verborgen, wenn er sich beklagt: "Für die Folgen der notwendigen Streitgenossenschaft findet § 65 Abs. II des Entwurfs keine andere Formulierung als sie § 62 ZPO gegeben hat, obwohl ... über ... (sie) im einzelnen viel Streit herrscht"!

23) Vgl. Rosenberg ZZP 57/189, § 1/I.

24) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 271 zu I/2.

25) Vgl. RGZ 48/417.

26) Die Durchsicht der einzelnen Lehrmeinungen -die mit ihren unterschiedlichen Ergebnissen bei der Besprechung der Einzelprobleme im II. Hauptteil (vgl. unten Seite 117 f.) wiedergegeben werden- bestätigt dies.

2. Abschnitt: Detaillierung der Aufgabenstellung.

Da das Gesetz im Hinblick auf die hier zu untersuchende Rechtsfigur seither keine Veränderung erfahren hat und deshalb weiterhin die -mit dem genannten Mangel der Dürftigkeit behaftete- Grundlage der notwendigen Streitgenossenschaft bildet, ist es schwierig, mit der vorliegenden Arbeit ein derartiges ideales Ergebnis im Sinne des Reichsgerichts zu erreichen; sie kann lediglich als ein Versuch und Beitrag hierzu gewertet werden. Eine für die Praxis und ihre alltäglichen Probleme brauchbare Lösung zu finden, bedeutet daher bereits einen erstrebenswerten Erfolg. Gerade die Grundlagen, auf welchen die Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft aufbauen muß, falls man sie nicht für unwissenschaftlich und unsystematisch konstruiert halten will, haben in der Literatur nur eine sehr eingeschränkte Besprechung gefunden. Wenn auch in den dort erzielten Ergebnissen die möglichen Alternativen der jeweiligen Einzelprobleme hinreichend diskutiert sind, so scheint es doch, daß dies nur mit einer zuweilen zweckbedingten, vom gewünschten Ergebnis her diktierten Zielsetzung geschehen ist: Hier einzusetzen sieht die Arbeit als ihre besondere Aufgabe an, um diese Einzellösungen auf einer einheitlichen Grundlage zusammenzufassen.

Hierher gehören also in erster Linie die Frage nach dem inneren Gehalt der vom Gesetz ausgesprochenen Rechtsfolge und in engem Zusammenhang damit ihr Umfang, d.h. die Grenzen der Bindungswirkungen, die den säumigen notwendigen Streitgenossen aus Handlungen -insbesondere sogenannten Dispositionsakten- des erschienenen Genossen treffen. Desgleichen interessieren die Folgerungen aus solchen Ereignissen, die den Verfahrensfortgang berühren, aber nur in der Person eines einzigen Genossen eintreten. Sind alle notwendigen Streitgenossen erschienen und

verhandeln sie, so ergibt sich das Problem ihres etwa widersprechenden Verhaltens im Hinblick sowohl auf den Prozeßstoff als auch besonderer Angriffs- und Verteidigungsmittel. Schließlich ist die Auswirkung der Fristwahrung eines Genossen für und wider die anderen zu prüfen, was zugleich die Frage der Rechtskrafthemmung allen Genossen gegenüber berührt, wenn nur einer von ihnen ein Rechtsmittel ergriffen hat.

Eine einheitliche Konstruktion, aus der sich die Entscheidung für alle Fragen restlos und einwandfrei ableiten läßt, erscheint zwar gegenüber den verschiedenen, jedoch insgesamt allein der Vorschrift des § 62 ZPO unterstellten Rechtslagen zunächst ohnehin kaum möglich (27). Inwieweit diese -der h.M. wohl entsprechende- Aussage auch dann noch aufrecht erhalten werden kann, wenn das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung feststeht, muß hier freilich noch offen bleiben (28).

27) Vgl. Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3.

28) Vgl. unten S. 106 f. und S. 274 f.

Hauptteil I

Die Grundlagen für die Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft gemäß § 62 ZPO.

1. Kapitel

Die prozeßrechtliche Konstruktion von Wirkungsweise und Wirkungsumfang des § 62 ZPO im Spiegel der Auffassungen.

1. Abschnitt: Meinungsstand über die Wirkungsweise des § 62 ZPO und eigene Stellungnahme.

Die Regelung des § 62 ZPO, der in seinem Abs. I (29) bei Termin- und Fristversäumnis eine "Vertretung" anordnet, hat zu mehreren Auffassungen über das Wesen dieser Wirkungen geführt (30). Sie alle knüpfen daran an, daß der säumi-

29) Der Abs. II dieser Vorschrift ist jedoch nicht geeignet, die hier zu untersuchende Problematik zu erhellen; er bleibt deshalb bei der Auslegung des Abs. I des § 62 ZPO außer Betracht. Im folgenden ist daher in der Arbeit - wenn nicht ausdrücklich davon abgewichen wird - ausschließlich von diesem Abs. I zu sprechen.

30) Aus der Bedeutung, die der theoretischen Überprüfung dieser wesentlichen Auswirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft im Prozeß zuzumessen ist, ergibt sich zugleich die Notwendigkeit, die Methodik dieser Überprüfung zu klären. Dabei kann nicht übersehen werden, daß bei den Problemen in der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft der Gesetzgeber durch § 62 ZPO immerhin der Auslegung Leitlinien vorgezogen hat, - im Gegensatz zu den Problemen bei den (-hier nicht behandelten-) Tatbestandsvoraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, für die die genannte Vorschrift lediglich eine "inhaltslose

ge Genosse "als durch die Nichtsäumigen vertreten angesehen" werden soll (31); die Bedeutung dieses Satzes ist daher von jeher äußerst streitig gewesen (32).

§ 1: Die Vertretertheorie.

Sie hält nach der auf von Amelunxen (33) zurückgeführten Ansicht den einen erschienenen notwendigen Streitgenossen für den Vertreter des säumigen (34). Diese wechselseitige Vertretung mittels gesetzlicher oder präsumti-

Formulierung" (Schwab, Lent-Festschrift, S. 271 zu I/2) darstellt!

Da sich die vorliegende Darstellung somit nicht in der günstigen Lage befindet, eine derartige vom Gesetzgeber nicht eingeengte Ausgangsposition in § 62 ZPO zu besitzen, muß zwangsläufig darauf verzichtet werden, wie dort gleichsam retrospektiv durch Vergleich der charakteristischen Rechtsfälle das Einheitliche und Grundsätzliche aus ihnen zu gewinnen, sondern sie ist hier auf die Methode der Auslegung und Deduktion angewiesen, soweit sie durch die genannte Vorschrift nicht eingeschränkt ist. (Dabei läßt sich aber nicht umgehen, daß die Sprache dieser Arbeit nicht immer den Erfordernissen einer schnell und leicht erfassbaren Verständigung gerecht werden kann; zwangsläufig stellt sich der Mühe, die schwierige Materie darzustellen, zugleich die Mühe dessen, der sie verstehen will, an die Seite!)

- 31) Vgl. den Wortlaut des § 62 ZPO Abs. I 1. Halbsatz.
- 32) Vgl. Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 a.
- 33) Vgl. Amelunxen, S. 71; Canstein ZZP 8/239; Kisch, S. 77; Krug ZZP 20/381; RG JW 1905/727; RGZ 37/397, 60/271, 61/398; Rosenberg, Stellvertretung S. 23 (-nunmehr aber zur Fiktionstheorie neigend: Lehrbuch § 95 III 3b-); Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV; Wach, Handbuch I/302; Wachenfeld, S. 128; Zimmermann, S. 40.
- 34) Vgl. Samper, S. 9; Wolff, S. 4.

ver (35) Vollmacht trete sonach kraft Gesetzes, d.h. ohne und selbst gegen den Willen des säumigen (36) Genossen ein. Aber schon bei diesem Punkte der kurzen Darstellung jener Ansicht offenbart sich eine theoretische Grundlage, die nicht hingenommen werden kann und wegen ihres Widerspruches sowohl zum Gesetzeswortlaut, aber auch zu allen Erkenntnissen des Vertretungsrechts zur Ablehnung dieser Ansicht führen muß: Denn es ist unbestrittenes Allgemeingut des bürgerlichen Rechts (37), daß Stellvertretung nur dann vorliegt, wenn der Handelnde mit bewußter und gewollter Beziehung auf den Vertretenen tätig ist (38). Diese Bedingung ergibt sich bereits aus dem Wesen der Stellvertreterhandlung als einem zusammengesetzten Begriff, der aus dem subjektiven Element des Willens und dem objektiven Element der daraus resultierenden Aktion des des Willensträgers geschaffen wurde. Daher sind es nach dem Stellvertretungsrecht a l l e i n die Person des Tätigen und dessen Wille, auf die abzustellen ist (39)!

-
- 35) Vgl. Canstein ZZP 8/239 f.; Fuhr, S. 27; Levetzow S. 52/53; Sitzler, S. 18 bzw. 48; Wach, KrVJSchr. 14/344.
- 36) Vgl. Skonietzki-Gelpcke I § 62 ZPO, Anm. 4.
- 37) -wie in §§ 164 f. BGB niedergelegt-
Vgl. Palandt-Danckelmann, Einführung vor § 164 BGB, Anm. 1, sowie § 164 BGB, Anm. 1, 2.
- 38) Vgl. Staudinger-Coing, § 164 BGB, Randnummer 5, Anm. 1; Zimmermann, S. 40; a.A. Kisch, S. 77; Sitzler, S. 47 zu § 8.
- 39) Keineswegs aber kommt in diesem Zusammenhang dem Untätigen -dem säumigen Genossen- und dessen Willen oder Absicht irgendeine Bedeutung zu. Dies verkennt Wolff, S. 4, wenn er meint, daß wegen der Untätigkeit des Säumigen ein Schluß auf dessen Willen verwehrt und aus diesem Grunde derselbe

Fehlt es aber an diesem Erfordernis, dem Willen der Handelnden eine grundsätzliche Erheblichkeit beizumessen, so besteht die z w i n g e n d e Folge darin, daß eine Vertretung überhaupt nicht vorliegt und die Anwendung dieses Rechtsbegriffes f a l s c h ist: Zu Unrecht wird in einem solchen Falle dann von einer "Vertretertheorie" gesprochen (40). Vertretung ist eben wesensmäßig willensabhängig und damit schon dem Wortlaut des § 62 ZPO konträr-laufend (41).

Wollte man aber dennoch die Vorschrift des § 62 ZPO im Sinne dieser Theorie der gesetzlichen Vertretung uneingeschränkt anwenden, so müßte sie auch jenen Fall regeln (42), in welchem der Erschienene keinerlei Absicht hat, zugunsten der Rechtslage des Nichterschiedenen zu handeln. Eine solche sozusagen "automatisch" mit der Handlung des Tätigen gekoppelte Wechselwirkung auf seiten des Untätigen kann aber nur auf dem Weg über den von der Rechtsordnung anerkannten Willen dieses Tätigen - nämlich an Stelle des Vertretenen handeln zu wollen- eintreten; ohne einen derartigen Willen ist ein solcher Erfolg nach den Grundsätzen des Stellvertretungs-

nicht Vertretener sein könne. Das von ihm vorgebrachte Argument ist daher unbrauchbar. Offensichtlich wird dabei die Möglichkeit übersehen, daß die Vertretungsbefugnis nicht allein auf (-rechtsgeschäftlicher-) Vollmacht, sondern auch auf Gesetz beruhen kann (Palandt-Danckelmann, Einführung vor § 164 BGB, Anm. 2).

- 40) Soweit es sich sodann um kraft Gesetzes eintretende vertretungsähnliche Wirkungen handelt, vgl. hierzu unter S. 17 f. zu § 3, insbesondere auch unten S. 31 zu Note 116.
- 41) Diese Erkenntnis wird noch von erheblicher Bedeutung sein; über die Abhängigkeit des Umstandes, daß Rechtswirkungen auf den säumigen Genossen erstreckt werden, vom Willen des tätigen Genossen vgl. unten S. 82 f. sowie S. 97 f.
- 42) Auf diese Frage weisen auch Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a, sowie Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3, hin.

rechts nicht erreichbar (43). Gerade aber das Gegenteil will die Vertretertheorie herbeiführen. Daher steht diese Rechtsansicht in offenem Gegensatz zum Recht der Stellvertretung: Sie wäre allenfalls zur Not noch anzuerkennen, wenn im Verfahrensrecht ein anderer Stellvertretungsbegriff gelten würde als im Privatrecht: Dies ist aber mit Entschiedenheit zu verneinen (44).

Allerdings ist bereits versucht worden, den Begriff der Stellvertretung für den Bereich der Prozeßordnung weiter zu fassen (45). Daraus ergibt sich schon von vornherein das Eingeständnis, daß die rechtlichen Konstruktionen der Vertretung nach bürgerlichem Recht und jener nach der Vertretertheorie nicht in Übereinstimmung gebracht werden können. Wenn diese Bemühungen lediglich die bloße Handlung des einen Genossen objektiv geeignet erscheinen lassen wollen, vertretungsweise die Handlung des anderen zu ersetzen (46), wird zwar die subjektive Beziehung des Handelnden auf den Vertretenen gewissermaßen objektiviert, so daß der Stellvertretungswille in seiner Bedeutung völlig ausgeschaltet ist. Gerade aber deshalb muß diese Ansicht abgelehnt werden, weil es eine gleichsam mechanisch wirkende Stellvertretung nicht geben kann (47). Damit wird der

-
- 43) Dabei ist belanglos, daß die Vertretungsbefugnis - wenn sie wirklich auf § 62 ZPO zurückzuführen wäre - nicht auf dem Willen des Vertretenen beruhen würde; die Anerkennung der gesetzlichen Vertretungsmacht ist dem geltenden Recht ohnehin nicht fremd, wenngleich jene Fälle durchwegs auf anderen Gebieten als dem Prozeßrecht zu finden sind. Vgl. auch oben Note 39.
- 44) Im Ergebnis so auch Samper, S. 10, und Wolff, S. 5; vgl. insbesondere auch unten Note 50.
- 45) Vgl. Kisch, S. 76 f.
- 46) Vgl. insoweit auch die hier vertretene Meinung unten S. 72 zu b).
- 47) Vgl. auch Wach, KrVJSchr. 14/344, der die Vertretung des säumigen wider oder ohne Willen der Partei als einen unerhörten Grundsatz bezeichnet.

eigentliche Inhalt dieser Versuche gewahr, der mehr als eine Begriffs-"erweiterung", sondern eine Abkehr von diesem überkommenen Begriff der Stellvertretung bedeutet (48): An Stelle eines anderen zu handeln, wird immer den entsprechenden Willen hierzu voraussetzen. Es ist daher keineswegs einzusehen, weshalb lediglich zur Aufrechterhaltung der Vertretertheorie in dieser Form der Vertreterbegriff des formellen Rechts ein anderer sein sollte als im materiellen Recht (49). Das Wesen der Stellvertretung ist vielmehr in beiden Rechtsgebieten dasselbe (50). Denn einerseits bietet sich für eine abweichende Meinung schon kein Anhalt im Gesetz selbst, andererseits unterstreichen dies jedenfalls auch die daran hilfsweise anschließenden Erwägungen aus der ratio legis ohne Schwierigkeiten: Der Prozeßzweck - dem die ZPO insgesamt dient - besteht in der Verwirklichung des materiellen Rechts; deshalb lehnt sich der Prozeß an das materielle Recht an (51). Ohne Zweifel würde aber dieses Ziel vereitelt, wenn das Prozeßrecht für sich die Befugnis in Anspruch nehmen könnte, materiellrechtliche Begriffe in ihr Gegenteil zu verkehren, um sich so die ihm aufgetragene Lösung von materiellrechtlichen Problemen zu erleichtern!

Insbesondere aber könnte das Zivilprozeßrecht nicht den weiteren Umstand negieren, daß nach Stellvertretungsrecht

-
- 48) Den nächsten Schritt von der Abkehr vom Vertretungsdenken zu neuen Begriffen, die die Vorschrift des § 62 ZPO von einem anderen Standpunkt aus hätten erscheinen lassen können, hat Kisch (vgl. oben Note 45) nicht getan, wiewohl er die Unzulänglichkeit der eigentlichen Vertretertheorie damit erkannt hatte.
- 49) So auch Samper, S. 10.
- 50) Vgl. Rosenberg, Stellvertretung, S. 144 bzw. aber auch S. 105; Wolff, S. 15.
- 51) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Einleitung III, Anm. 4 A und RGZ 141/350; Wolff, S. 7, 12.

für die Beurteilung der Handlungen des Vertreters zwar nur dessen Person zu betrachten ist, hingegen es regelmäßig zu den grundsätzlichen Bestandteilen dieses Rechtsgebiets gezählt wird (52), daß die durch das Handeln des Vertreters ausgelösten Rechtswirkungen ausschließlich und allein den Vertretenen treffen, aber keineswegs auch beim Vertreter selbst noch zusätzlich eintreten (53). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Vertretertheorie mit dem geltenden Recht somit nicht zu vereinbaren.

Dieser Gegensatz zu dem in Voraussetzungen und Wirkungen seit langer Zeit von Lehre und Rechtsprechung geprägten Recht der Stellvertretung ist aber unlösbar, so daß nur mehr der Schluß auf die Unrichtigkeit der Vertretertheorie in ihrem ganzen Umfange übrig bleibt (54).

§ 2: Die Prozeßführungstheorie.

Ihre Anhänger -insbesondere Hellwig (55) und Walsmann (56)-

-
- 52) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 164 BGB, Anm. 3; Staudinger-Going, § 164 BGB, Randnummer 3, Anm. II.
- 53) Vgl. auch Samper, S. 9, - es sei denn, daß der Vertreter neben seinem Willen, an Stelle des anderen zu handeln, zugleich auch in eigenem Namen handeln will (Palandt-Danckelmann, § 164 BGB, Anm. 3). Deshalb könnte aber von dem Erfordernis des Vertretungswillens auch weiterhin nicht abgegangen werden!
- 54) Dies entspricht auch der einhelligen Ansicht in der heutigen Lehre und Rechtsprechung; vgl. unten Note 75.
Umso befremdender erscheint daher die Ansicht, daß "nach § 62 ZPO ... die säumigen Streitgenossen durch den nichtsäumigen vertreten" werden (BGH NJW 1954/1200); vgl. dazu unten Note 535.
- 55) Vgl. Hellwig, Lehrbuch III/170.
- 56) Vgl. Walsmann, S. 93.

meinen, daß der tätige notwendige Streitgenosse kraft eines besonderen Prozeßführungsrechts gleichzeitig auch mit Wirkung für den säumigen Genossen "prozessiere": Darauf beschränke sich der Einfluß des § 62 ZPO.

Hieran ist - bei objektiver Betrachtung - zumindest soviel richtig, daß die ZPO in § 62 ohne Zweifel dem erschienenen Genossen eine solche Stellung einräumt, in der - wörtlich genommen - er im Ergebnis tatsächlich den Prozeß auch mit Wirkung für und gegen den säumigen betreibt (57). Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob diese Erklärung zurecht als "Prozeßführungsbefugnis" bezeichnet werden kann. Denn nach der h. M. (58) steht diese einem Prozeßbeteiligten dann zu, "wenn er einen Prozeß über ein fremdes Rechtsverhältnis im eigenen Namen führen darf". Es kann aber nicht übersehen werden, daß im Prozeß der notwendigen Streitgenossenschaft der erschienene Genosse zunächst einmal seine eigene Recht - oder doch zumindest seine eigene Beteiligung an dem gemeinschaftlichen Rechtsverhältnis (59) - geltend macht, wenn er als Partei in dem Rechtsstreit der notwendigen Streitgenossenschaft auftritt. Ist es aber schon "grundsätzlich ... unzulässig, ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen" (60), so muß schon im Interesse einer sauberen Begriffsbildung und der Vermeidung von Begriffsvermischungen festgestellt werden, daß der erschienene Genos-

57) Vgl. für viele Hellwig, Lehrbuch III § 158 V 2 b beta.

58) Vgl. für viele Rosenberg, Lehrbuch § 45 I 1 und II 2 a.

59) Vgl. unten S. 44 zu Note 162.

60) So Wieczorek, § 50 ZPO, Anm. G I; Hellwig, System I, § 72 II.

se nicht für fremde Rechtsbelange tätig wird, - und für sie überhaupt nicht ausschließlich tätig werden könnte (61)! Wenn seine Tätigkeit schon unter diesem Gesichtspunkt betrachtet werden soll, kann nicht verkannt werden, daß er sowohl für seine eigenen Belange als auch für die anderer - nämlich: seiner Mitgenossen - im Prozeß der notwendigen Streitgenossenschaft auftritt: Dann ist es aber zumindest ein schiefes Bild, wenn diese Erscheinung unter den Begriff der Prozeßführungstheorie gefaßt werden soll. Daß auch die Anhänger dieser Theorie diesen echten Widerspruch selbst erkannten (62), bekräftigt daher die vorliegende Arbeit in der Ablehnung dieser Theorie; geht sie von anderen Voraussetzungen aus als die Regelung des § 62 ZPO, so hat sie sich damit als ungeeignet erwiesen, derselben ihren Namen zu geben.

§ 3: Die Reflextheorie.

Sie sieht - nach Hachenburg (63) - in dem Wirksamwerden der Handlungen des erschienenen Genossen zugunsten der Rechte des säumigen das Auftreten eines "Reflexes": Dieser in der Rechtswissenschaft durch von Ihering (64) gefundene Begriff

61) Denn ihm diese Möglichkeit zu gewähren, würde voraussetzen, daß seinem Willen überhaupt eine Bedeutung beigemessen würde: Das liefe aber wieder auf den Vertretungsgedanken hinaus (vgl. ebenso Hellwig, System I, § 123 V 2 b)!

62) Vgl. dazu insbesondere Hellwig, System I, § 123 V 2 b.

63) Vgl. Hachenburg, S. 34; Weismann, S. 374; Hangen, S. 1 f.; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV.

64) Vgl. von Ihering in IhJ 10/345.

umfaßt nach Hachenburg (65) "diejenigen rechtlichen Wirkungen einer Tatsache, die unmittelbar und in der gleichen Weise für ein weiteres Rechtsverhältnis, als für das sie infolge der Rechtskonsequenz sich äußern sollten, eingetreten sind (66)". Damit will er die Besonderheit von solchen Rechtsfällen bezeichnen, in denen nicht nur die üblichen, vom Gesetz bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes angeordneten Folgen entstehen, sondern darüber hinausgehende Auswirkungen bei einem anderen Rechtskreis eintreten. Auf diese Weise werde durch das zu eigenem Interesse vorgenommene Verhandeln des erschienen Streitgenossen ohne und gegen dessen Willen das Recht des säumigen gewahrt. Diese Ansicht weicht den oben (67) besprochenen Schwierigkeiten dadurch aus, daß sie bewußt auf eine subjektive Verbindung zwischen dem Handeln des erschienenen Genossen und dessen Bedeutung für den säumigen verzichtet und ohne Rücksicht auf die beiderseitige Willenslage den damit erzielten Erfolg für beide Teile - nicht nur beim "Vertretenen"! - entstehen läßt. Die Unabhängigkeit von der Willensrichtung des Erschienenen und der Doppeleffekt von dessen Rechtshandlung sind die unbestreitbaren Vorzüge (68) dieser Theorie, die sie von den anderen Rechtsmeinungen abheben. Soweit demgegenüber verneint wird, daß die Vorschrift des § 62 ZPO über-

65) Vgl. Hachenburg, S. 34.

66) Fürwahr kann diese Definition - so trefflich sie sein mag! - nicht vor den insoweit sicher berechtigt erscheinenden Vorwürfen geschützt werden, sie und die darauf aufgebaute Theorie sei schwer verständlich und deshalb für die Praxis unbrauchbar (-vgl. hierzu Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 a-). Bezeichnend ist daher, daß ausnahmslos jeder Autor, der sie zitiert, sich in unmittelbarem Anschluß daran veranlaßt fühlt, sie in einem Nachsatz erst noch näher zu erklären; - immerhin: sapienti sat!

67) Vgl. oben S. 10 f.

68) Auf diesen Unterschied von Vertreter- und Reflextheorie weist auch Levetzow, S. 52, hin.

haupt einen Fall der Reflexwirkung darstelle (69), kann zumindest die Beweisführung nicht überzeugen. Es ist verfehlt, der Reflexwirkung jenes Begriffserfordernis beizulegen, wonach sie "nicht ausdrücklich im Gesetz festgelegt sein darf" (70): Eine solche Voraussetzung ist der Definition von Hachenburg nicht gegeben worden! Ihre genaue Nachprüfung ergibt, daß er nur eine Unmittelbarkeit zwischen dem tatsächlichen Sachverhalt und den näheren und weiteren Rechtsfolgen (-d.h. Reflexwirkungen-) dieses Sachverhalts annahm, sich aber damit nicht gegen die Zwischenschaltung einer anderen Rechtsnorm ausgesprochen hat. Ohne Denkschwierigkeit läßt sich daher die rechtliche Möglichkeit bejahen, daß die Rechtsfolge eines Tatbestandes über die eigentliche "Rechtskonsequenz", die die jeweilige Norm auslöst, hinauswirken kann und damit die Tatbestandsvoraussetzungen einer anderen Norm bildet, so daß nunmehr auch deren Rechtsfolgen eintreten können (71). Dabei ist dem Umstand keine Bedeutung beizumessen, daß die ausgelöste Fernwirkung nicht direkt durch die ursprüngliche Rechtsnorm, sondern erst mittelbar durch eine weitere Rechtsnorm herbeigeführt wird: Rechtliche Wirkungen sind Rechtsfolgen, die stets durch Gesetz festgelegt sein müssen, - will man vom ungeschriebenen Recht absehen (das ebenfalls Ausfluß von - wenn auch ungeschriebenen - Rechtsnormen ist!).

69) Vgl. Wolff, S. 3.

70) Vgl. oben Note 69.

71) Vgl. beispielsweise den Fall des § 268 BGB, welcher dem durch die Betreibung der Zwangsvollstreckung in seinen Forderungsrechten gefährdeten weiteren Gläubiger ein Ablösungsrecht verleiht. Ungünstig ist aber das Beispiel des § 1357 (a.F.) BGB für die Gegenmeinung gewählt (-so Wolff, S.3-), weil dieser Fall nach Palandt (16. Auflage, Einführung vor § 1353 (a.F.) BGB, Anm. 2b; § 1357 (a.F.) BGB, Anm. 3 b) eine Stellvertretung - wie schon der Gesetzeswortlaut ergibt! - darstellt, die ohnehin nichts mit der Reflexwirkung gemein hat.

So betrachtet, tritt die Einwirkung auf den weiteren Rechtskreis immer kraft Gesetzes ein, nicht lediglich kraft eines bloßen Reflexes. Da dies letztere folglich nicht möglich erscheint, kann es auch nicht als Gegenargument herangezogen werden, wenn in der Vorschrift des § 62 ZPO ein solcher Fall der Reflexwirkung im Recht erblickt werden sollte. Aus diesem Grunde allein ist jedenfalls die Reflextheorie nicht als unrichtig zu bezeichnen (72).

Die Gründe für die Ablehnung der Reflextheorie gehen viel tiefer: "Erst wenn feststeht, daß eine bestimmte Handlung Wirkungen äußert, die - ohne daß sie vom Handelnden bezweckt sind und ohne notwendig gewollt zu sein - eintreten, kann man aus diesen Wirkungen, welche als Reflexwirkungen bezeichnet werden, Folgerungen ziehen. Es läßt sich aber nicht die Folge, daß solche Wirkungen eintreten werden, aus der 'Reflexwirkung' erklären!" (73): Das ist der entscheidende Gesichtspunkt, der die Unbrauchbarkeit dieser Theorie klar herausstellt. Sie gibt letztlich der Rechtsfolge aus § 62 ZPO lediglich eine Bezeichnung, ohne sie jedoch selbst zu erklären. Aus diesem Grunde schließt sich daher auch die Arbeit ihrer allgemeinen Ablehnung (74) an.

-
- 72) Vgl. unten S. 107 f. zu § 2 a; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3 vor a; Fuhr, S. 27.
- 73) So für viele Walsmann, S. 91.
- 74) Vgl. Meyer ZZP 14/386; Walsmann, S. 91; Samper, S. 9; Wolff, S. 3; und für viele Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 a.

§ 4: Die Fiktionstheorie.

Sie hingegen nimmt gegenüber ihren Vorgängerinnen eine besondere Stellung ein: Ihre Anhänger (75) betrachten den erschienenen Genossen zwar ebenfalls als Stellvertreter des säumigen (76). Aber sie tun dies nicht in derselben Weise wie die der Vertretertheorie, sondern wollen diese Eigenschaft des Tätigen auf dem Wege der Fiktion herleiten. Die Handlungen des erschienenen Genossen seien nach dem Stellvertretungsrecht zu beurteilen (77), zwar übe sie der Erschienene zugleich auch für sich selbst aus, doch erfolgten sie mittels dieser Fiktion der Stellvertretung wie im Namen des Säumigen vorgenommen: Ob das Ergebnis jeweils mit dem materiellen Recht übereinstimme, sei dann nach der Lage des einzelnen Falles zu überprüfen (78).

-
- 75) So Dreyer Gruchot 38/37; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a; Hellmann ZZP 17/14; Hellwig, System I § 123 V 2b; Kisch, S. 78; Levetzow, S. 53 f.; RG JW 1902/162; RGZ 90/45; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3b, Stellvertretung, S. 23; Samper, S. 11; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3; Wachenfeld, S. 128 f.; Walsmann, S. 97; Wolff, S. 6.
- 76) - wenn auch mit Einschränkungen; vgl. unten dazu Noten 78, 117 -
- 77) Daß für die Rechtsfindung der Fall der Fiktion nicht mit den Grundsätzen der Analogie gleichgesetzt werden kann, übersieht Wolff, S. 6. Denn während hier die fingierten Rechtsfolgen unbedingt eintreten müssen, besteht eine solche Zwangsläufigkeit dort nicht: Gerade dort kann sich an die angeordnete "entsprechende" Anwendung einer Gesetzesnorm der Streit anschließen, welcher Umfang dieser Analogie beizumessen sei. Diese Unterscheidung, die die Anhänger der Fiktionstheorie zu übergehen scheinen, wird noch von Bedeutung sein (-vgl. unten S. 33 zu Note 120-).
- 78) So -für viele andere- Samper, S. 12. Zur Problematik dieses Umstandes vgl. unten S. 30 f.

Damit hat die Fiktionstheorie den Wortlaut des § 62 ZPO auf ihrer Seite (79): Soweit die säumigen Genossen "als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden" sollen, hat der Gesetzgeber klar und unzweideutig ausgesprochen, daß eine Stellvertretung in Wirklichkeit nicht vorliegt (80), sondern fingiert wird. Insoweit trifft die Bezeichnung dieser Ansicht als "Fiktionstheorie" zu (81). Die Arbeit ist daher zusammen mit dem gegenwärtigen Mei-

- 79) Hierin mag der eigentliche Grund dafür zu finden sein, daß heute der überwiegende Teil der in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Meinungen sich zu ihr bekennt. Dabei kann der bis zur jüngsten Auflage beibehaltenen Kritik von Stein-Jonas (§ 62 ZPO, Anm. IV) jedoch nicht beigetreten werden. Denn wenn der erschienene Genosse tatsächlich die Absicht haben sollte, für den säumigen zu handeln und hierzu von diesem beauftragt wurde, hat er damit eine Vertretungsbefugnis erhalten! Der nicht erschienene Genosse ist dann - nicht: er wird so angesehen, als ob! - vertreten und eine Säumnis konnte bei ihm garnicht eintreten. Dieser Fall weist deshalb also den entgegengesetzten Sachverhalt auf wie ihn der Tatbestand des § 62 ZPO gerade **n i c h t** voraussetzt. Durch diese Sachverhaltsänderung wird aber die Problemstellung beseitigt, indem die zum Ausgang genommene Frage überhaupt nicht auftreten kann!

Darauf macht insbesondere auch Samper, S. 11, aufmerksam, der aber - im Hinblick auf § 167 BGB zu unrecht! - von einer schriftlich erteilten Vollmacht ausgeht. Für den anderen Fall hält er den Tätigen durch das "Einverständnis des säumigen gedeckt": Einer solchen den Tatbestand des § 185 Abs. I BGB widerspiegelnden Konstruktion bedarf aber die mündlich erteilte Vollmacht nicht! Vgl. auch unten Note 120.

- 80) Schon deshalb greift die Vertretertheorie daneben und muß scheitern.
- 81) Jedoch kann darin keineswegs vorbehaltlos zugestimmt werden (-a.A. Samper, S. 11-); vgl. unten Note 116.

nungsstand in Lehre und Rechtsprechung (82) ebenfalls dafür, ihr zu folgen; soweit sie die Wirkungsweise der in § 62 ZPO angeordneten Erstreckungswirkung erklären will (83), kann dieser Meinungsstreit als ausgetragen bezeichnet werden.

2. Abschnitt: Die Bedeutung der vorgenannten Theorien für den Wirkungsumfang des § 62 ZPO.

Hier untersucht die Arbeit die Frage, welche theoretische Grundlage die verschiedenen Auffassungen über den Aufbau des § 62 ZPO dem Problem des Wirkungsumfanges der dort getroffenen Regelung gegeben haben; Einzelfragen müssen dabei den auch von der Arbeit noch vorzulegenden Einzeluntersuchungen (84) vorbehalten bleiben.

Wenn § 62 ZPO vorschreibt, daß der Säumige als durch den Erschienenen "vertreten" angesehen werde, so heißt das nicht, daß der erschienene zugleich im Namen des säumigen Genossen handeln müsse oder auch nur könnte (85), sondern besagt nur, daß dem Verhalten dieses Genossen zugleich kraft Gesetzes ohne weiteres Wirkung zugleich für und gegen jenen Genossen zukommt (86); nur diese Wirkung will

82) Vgl. für viele Walsmann, S. 104.

83) Vgl. unten S. 35.

84) Vgl. unten Hauptteil II, S. 117 f.

85) Vgl. oben Note 61.

86) Vgl. oben Note 57.

das Gesetz durch seine fiktionsweise Verweisung auf die Vertretung bestimmen: Die Frage nach ihrem Umfang bleibt damit jedoch offen, da - wie sich im Ergebnis zeigen wird - die Theorien über die Wirkungsweise des § 62 ZPO selbst keine befriedigende Antwort bringen. Aber auch im Wege der Auslegung ist ihnen eine Klärung seines Wirkungsumfangs nicht zu entnehmen.

Hat die Arbeit die "Vertretertheorie" (87) bereits als ein dogmatisches Mißgebilde ausgewiesen, so ist es nur mehr von zweitrangiger Bedeutung, daß diese Theorie auch keine befriedigenden Ergebnisse für die Praxis aufweisen kann: Selbst bei Annahme einer echten Vertretung wäre es nämlich ungeklärt, wem von mehreren erschienenen notwendigen Streitgenossen die Vertretung des säumigen obläge; damit blieben dieselben Zweifelsfragen wie zuvor bestehen. Würden den Handlungen des Erschienenen, zu denen er nach materiellem Recht **n i c h t** befugt wäre, eine dem Säumigen gegenüber eintretende Wirkung zukommen (88) - wie es die Vertretertheorie will -, so müßte überdies die Vorschrift des § 62 ZPO (-bzw. § 59 C.P.O.-) als eine das geltende materielle Recht abändernde Norm betrachtet werden: Eine solche Ansicht wird aber nirgend vertreten. Statt eine Lösung des Rechtsstreits zu bringen, wäre damit durch Ausdehnung der aus dem Prozeßrecht herrührenden Rechtsunsicherheit der notwendigen Streitgenossen auf materiellrechtlichem Gebiete nur noch mehr Unheil gestiftet! Es fehlt also an einer äußerlich erkennbaren Begrenzung für die Wirkungen dieser Theorie.

87) Vgl. oben S. 10 f.

88) Zwar wird verschiedentlich hiergegen vorgebracht (-vgl. Samper, S. 10; Wolff, S. 4, 5-), daß in

Diesem Gesichtspunkt kommt entscheidende Bedeutung deshalb zu, weil an ihm auch die anderen Theorien scheitern, - auch die "Prozeßführungstheorie" (89). Mit ihr wird zwar der zunächst bestechende Gedanke verfolgt, die Kollisionen der Vertretertheorie mit dem materiellen Recht dadurch zu verhindern, daß den aus § 62 ZPO eintretenden Wirkungen jede Verbindung zum sachlichen Recht abgeschnitten wird. Denn unter dem Begriff Prozeßführungsrecht ist das formelle Recht zu verstehen (90), einen bestimmten Prozeß in der Rolle der richtigen Partei (91) zu führen. Im Gegensatz hierzu steht die Sachlegitimation, die die sachlich-rechtliche Seite der Parteifigur bezeichnet, nämlich ob derselben das streitbefangene Recht zusteht. Da diese Beziehung zur sachlichen Klagebe-

einem solchen Falle der Säumige völlig in die Hand des erschienenen notwendigen Streitgenossen gegeben wäre und deshalb schlechter stünde, als wenn das Gesetz seine Säumnis überhaupt nicht -im Sinne der Vertretertheorie!- geregelt hätte, weil er ein gegen ihn ergangenes Versäumnisurteil durch Einspruch beseitigen könne. Diese Ansicht vertritt aber über Gebühr den Schutzgedanken (-vgl. hierzu unten Note 264-) zugunsten des Säumigen, der zweifellos dem § 62 ZPO auch inne-wohnt. Aber in gleicher Weise könnte von einer Auslieferung des "fleißigen" Genossen an den säumigen gesprochen werden, wenn dieser den Einspruch unterlassen würde: Nach dem obersten Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung (-vgl. unten S. 36 f.-) müßte dann das gegen den erschienenen notwendigen Streitgenossen ergangene Urteil mit dem Versäumnisurteil des Un-tätigen übereinstimmen!

89) Vgl. oben S. 15 f.

90) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 50 ZPO, Anm. 4 A.

91) - also der allein von der Prozeßordnung her gesehenen Rechtsfigur, die ein Gerichtsverfahren betreiben kann (im Gegensatz zum materiellrechtlichen Anspruchsträger) -

rectigung (92) von der prozessualen Klageberechtigung (93) zu unterscheiden ist, müssen nach Meinung der Arbeit hieraus auch die entsprechenden Schlußfolgerungen gezogen werden: Sollten die Anhänger der "Prozeßführungstheorie" - wie dies tatsächlich geschieht (94) - die vom erschienenen Genossen erzielten Wirkungen in vollem Umfang auf den Rechtskreis des säumigen erstreckt wissen wollen, so besteht k e i n Unterschied mit dem von der "Vertretertheorie" erreichten Ergebnis, und die dort von der Arbeit ausgesprochene Ablehnung gilt auch für den vorliegenden Fall. Sollte aber die "Prozeßführungstheorie" lediglich die bloße Tatsache der Prozeßführung durch den erschienenen Genossen auf den säumigen erstrecken, so müßte sie folglich überhaupt die rechtliche Möglichkeit leugnen, einer Prozeßhandlung des nach § 62 ZPO tätigen erschienenen Genossen irgendeinen sachlichen Einfluß auf die Rechtsstellung des säumigen beizumessen! Das kann aber nicht richtig sein: Durch § 62 ZPO wird gesichert, daß sich der durch die Tätigkeit des erschienenen Genossen erzielte Fortgang des Rechtsstreits insgesamt (95) auf die Rechtslage des säumigen mitteilt. Eine Beschränkung dieser Folgen lediglich auf dessen prozessuale Rechtslage erscheint aber um deswillen ausgeschlossen, weil die vom Gesetz angeordnete Erstreckungswirkung zur Frist- und Terminwahrung auf ein gegenstandsloses Handeln hinauslief! Für den Säumigen müßte es dann nämlich so

-
- 92) Sie also führt den Träger des materiellen Rechts - in prozessualen Begriffen gesprochen: die "Partei" - zur Klagebegründetheit; vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 50 ZPO, Anm. 4 A sowie unten Note 93.
- 93) Ihr Fehlen träfe den Prozessierenden als Partei durch ein klageabweisendes Prozeßurteil, - nicht aber den Rechtsträger, so daß in der Sache selbst keine Rechtskraftwirkung eintreten kann (-vgl. oben Note 90-).
- 94) Vgl. dazu die Literaturhinweise bei der Besprechung der Einzelfragen im Hauptteil II, S. 117 f.
- 95) So auch im Ergebnis Wolff, S. 4.

angesehen werden, als ob der Termin bzw. die Frist durch die Handlung des Tätigen gewahrt sei, eben dasselbe Handeln zwar für diesen schon, aber für den Säumigen nach diesen Überlegungen jedoch keinerlei sachlich-rechtlichen Inhalt gehabt hätte (96)! Ein solches Ergebnis ist undenkbar (97).

Näher liegt allerdings die Parallele zum Prozeßgeschäftsführungsrecht - ebenfalls zur Prozeßstandschaft (98) gezählt -, durch welches aus fremdem Recht ein solches fremdes sachliches Recht verfolgt werden kann. Selbst wenn die Theorie des "besonderen" Prozeßführungsrechts - mit ihrem Hinweis auf ihre "Besonderheit" - auf diese Problemlösung abzielen wollte, könnte ihr dennoch nicht gefolgt werden. Denn mit der Ablehnung, die sie dann folgerichtigerweise jener Einschränkung der vom erschienenen Genossen ausgehenden Handlungswirkungen auf ausschließlich den prozessualen Rechtskreis des säumigen erteilen müßte, stünden ihr zugleich die gegen die Vertretertheorie erhobenen Einwände entgegen (99): Daß sie die sachlich-rechtlichen Auswirkungen beim Säumigen ohne Rücksicht

96) Vgl. hierzu unten S. 73 f.

97) Nicht stichhaltig muß dagegen der Einwand von Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 a, erscheinen, die die Theorie des besonderen Prozeßführungsrechts in jenem Fall als versagend ansehen, wenn der tätige Genosse ausdrücklich erklärt, nur für sich - nicht aber für die anderen - handeln zu wollen. Denn damit wäre wieder der Unterschied verwischt, den diese Theorie zu dem Erfordernis des Stellvertretungswillens nach der - auch von ihr abgelehnten - Vertretungstheorie bewußt machen will. Würde durch § 62 ZPO ein besonderes Prozeßführungsrecht des erschienenen notwendigen Streitgenossen eingeführt werden, das kraft Gesetzes bestünde, so könnte auch ein etwa entgegenstehender Wille des Tätigen an dem Eintritt der vom Gesetz gewollten Folgen nichts ändern!

98) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 50 ZPO, Anm. 4 C.

99) Vgl. insbesondere oben S. 15 und 24.
Mit Recht wenden sich Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a, gegen die "Erweiterung der Handlungsmacht der

auf die materiellen Befugnisse des Tätigen zuläßt. Deshalb ist diese Theorie auch unter dem geschilderten Gesichtspunkt abzulehnen (100), wenngleich sich zeigen wird, daß sie nicht weit von der durch die Arbeit vertretenen Lösung des Problems entfernt steht (101).

Aber auch die "Reflextheorie" (102) unterliegt diesem Vorwurf der mangelhaften Abgrenzung: Da sie zu keinem anderen Endergebnis führt, als eben jenem mit den beiden oben dargestellten Vorzügen, wird ihr eigentliches Ziel erkennbar: nämlich mit Hilfe einer eigenen rechtlichen Konstruktion zu gleichen Ergebnissen wie die Vertretertheorie zu gelangen, ohne aber deren dogmatisch unhaltbaren Thesen zu übernehmen. In der Tat kann die Übertragung jener Wirkungen, die die Tätigkeit des erschienenen Genossen für ihn selbst zeitigen, auf die gesamte (103) Rechtsposition des säumigen als ein "Reflex", eine Widerspiegelung jener ursprünglichen Wirkungen des Tätigen nicht aufgefaßt werden (104). Zwar stünden einer solchen Betrachtungsweise Bedenken solange

tätigen Streitgenossen über ihren eigenen Prozeß hinaus".

- 100) Ob diese Fälle der Prozeßgeschäftsführung zur Verfolgung fremden Rechts aus treuhänderischen oder berechtigten eigenen Gründen - vgl. oben S. 27 zu Note 98 - mit der hier zu untersuchenden Rechtslage des § 62 ZPO vergleichbar sind, ist daher müßig zu prüfen.
- 101) - jedenfalls so wie sie hier vertreten wird; vgl. dazu unten S. 70 f. zu den Noten 270, 285, 307 -
- 102) Vgl. oben S. 17.
- 103) Vgl. unten S. 29 zu Note 109.
- 104) Vgl. oben S. 20 zu Note 73.

nicht entgegen, als sie zu dem in § 62 ZPO angeordneten Ziele führen würde (105). Zugleich muß aber objektiv anerkannt werden, daß die Reflexwirkung auf der Seite des säumigen Genossen in diesen ihren Ergebnissen keinerlei Unterscheidungsmerkmale darüber erkennen läßt, ob nicht dieselben Ergebnisse etwa auf dem Wege über eine Stellvertretung erreicht worden sind. Hier bestätigen sich die obigen Darlegungen über das eigentliche Ziel der Reflextheorie in Beziehung auf die Vertretertheorie. Ist gegen jene der Vorwurf erhoben worden, daß sie das materielle Recht abändern würde (106) und somit als zu großzügig und unbegrenzt in ihren Auswirkungen erscheine, so gilt das gleiche auch für diese: Von jeher wurde der Reflextheorie entgegengehalten, daß mit ihr nichts gewonnen sei, wenn nicht die Reichweite dieser Auswirkungen bestimmt (107), d.h. abgegrenzt (108) werde. Andernfalls besagte sie - kompliziert ausgedrückt - nicht mehr und nicht weniger als was das Gesetz in § 62 ZPO ohnehin selbst schon mangelhaft bestimmt hat: daß die prozessuale Lage (109) des säumigen durch die Handlung des erschienenen Genossen gewahrt werde!

Mit Recht muß daher auch die Reflextheorie mangels eigener Entwicklung der zu lösenden Fragen - auch was den Wirkungs=

-
- 105) - was bereits herausgestellt wurde; vgl. oben S. 20 -
- 106) - s. oben S. 24 -
- 107) Vgl. Meyer ZZP 14/368; Walsmann, S. 91; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO Anm. 3 vor a.
- 108) Diesen Gedanken der Abgrenzung der Reflexwirkungen bringen deutlich Samper, S. 9, und Förster-Kann, § 62 ZPO Anm. 4 a, zum Ausdruck.
- 109) - aber nicht nur allein diese, sondern m i t

umfang des § 62 ZPO anbelangt - als unbrauchbar (110) bezeichnet werden.

Letztlich bleibt der Vorwurf der mangelnden Abgrenzung auch der "Fiktionstheorie" (111) nicht erspart. Bei genauer Nachprüfung in dieser Hinsicht bringt auch sie die Probleme bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft keinen Schritt näher an ihre Lösung heran (112):

Obschon nämlich teilweise erkannt wird (113), daß der Unterschied zur Vertretertheorie nur gering ist - diese be-

ihr zugleich auch die materiellrechtliche Lage; vgl. hierzu oben Note 95.

Mit Recht wendet sich daher Wolff, S. 4, gegen eine solche Einseitigkeit der Hachenburg'schen Ansicht.

110) Nicht verständlich erscheint demgegenüber die Kritik von Fuhr, S. 27, der zwar die Überlegungen Hachenburgs ebenfalls nicht als "falsch und abwegig" bezeichnen will, ihnen dennoch im Zusammenhang mit dem Wesen der Fiktion einen "theoretischen Wert" abspricht; soweit das Gesetz zur Regelung eines Tatbestandes den Weg der Fiktion wähle, sei jede Untersuchung über die Grundlagen des § 62 ZPO müßig, wenn es schon keine Stellvertretung sei. Einer solchen Gedankenführung muß entgegengetreten werden; mit objektiver wissenschaftlicher Erörterung ist eine nur vom erwarteten Ergebnis her diktierte Problembetrachtung schwerlich zu vereinbaren. Schon dem Versuch Hachenburgs, die von der Vertretertheorie in ihrer subjektivistischen Konstruktion sich selbst gestellten Hürden zu beseitigen, muß theoretischer Wert zuerkannt werden. Im übrigen dürfte es nicht schwer fallen, in der Reflextheorie eine Art Vorläuferin der Fiktionstheorie zu sehen, so daß sich der Unterschied zwischen beiden Ansichten als nicht mehr allzu groß erweist.

111) Vgl. oben S. 21 f.

112) - obgleich ihre Anhänger rühmen, sie mache jede "konstruktive Theoretik" unnötig (Samper, S. 12)!

113) Vgl. Wolff, S. 6.

hauptet das tatsächliche Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen zur Stellvertretung, während die andere den erschienenen Genossen nur im Ergebnis als Stellvertreter "angesehen" wissen möchte -, bleiben die sich daraus ergebenden Folgerungen aus. Denn wenn schon der Unterschied zwischen den beiden Ansichten nur in ihren Voraussetzungen zu suchen ist, in ihren Auswirkungen aber jeweils das Gleiche eintritt (114), so kann nicht im geringsten irgend ein Fortschritt festgestellt werden, den die Fiktions- theorie in dieser Hinsicht brächte, ohne daß sie sich zugleich denselben Bedenken aussetzte, wie sie schon gegen die Vertretertheorie (-und die Reflextheorie-) erhoben wurden (115): Durch die mangelnde Begrenzung der Vertretungsmacht tritt eine im Gegensatz zum materiellen Recht stehende Veränderung ein, die die Befugnisse des erschienenen Genossen unzulässig erweitert und den säumigen gleichwohl an dessen Handlungen kettet. Wenn somit diese Wirkungen nach Maßgabe der Fiktionstheorie die gleichen sind wie bei der Vertretertheorie, so zeigt sich darin doch gerade besonders augenfällig, wie eng sie mit ihr in Zusammenhang steht; als deren bloße Abwandlung wäre sie daher treffender "Vertretungsfiktionstheorie" genannt (116)! Dabei kann diese Gleichheit der Auswirkungen beider Theorien keinem Zweifel unterliegen. Denn ob eine Handlung außer ihrer Zurechnung zum Rechtskreis des Handelnden hinaus auch in den eines Dritten fällt, ist unabhängig davon zu bejahen, daß der

114) Vgl. oben Note 113.

115) Vgl. oben S. 15, 24 und S. 20, 29. Auf diesen Umstand wiesen schon Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a, hin, sodaß es verwundert, weshalb deren Gegner hierzu nicht Stellung nahmen.

116) Dadurch würde sie sogleich als eine Variante der Vertretertheorie zu erkennen sein, die auf deren gesetzliche Grundlage - nämlich nicht eine präsumtive gesetzliche Vollmacht (oben Note 35), sondern eine Fiktion - schon in ihrer Bezeichnung hinweist.

Handelnde als Stellvertreter deshalb als solcher beurteilt werden muß, weil er es tatsächlich ist o d e r weil er so "anzusehen" ist. Die Beseitigung dieses darin liegenden Unterschieds liegt im Wesen der Fiktion begründet.

Diesen inneren Mangel haben auch die Vertreter der Fiktionstheorie empfunden, so daß sie ihre Ansicht dahin aufgefaßt wissen wollten, daß "bei den einzelnen Prozeßhandlungen zu prüfen (sei), ob der Gesetzgeber auf sie den Umfang der Vertretungsmacht ausdehnen wollte" (117). In Anbetracht der Gleichheit dieser Wirkungen erscheint es aber absolut widersprüchlich, wenn in Verfolgung der geschilderten Einschränkungabsicht bei der Fiktionstheorie dennoch der Umfang der Vertretungsmacht von "Fall zu Fall sich anders gestalten" (118) könnte, er also "je nach Lage des Falles Spielraum" (119) zu einer anderen Beurteilung böte. Es leuchtet einfach nicht ein, daß einerseits nach der Vertretertheorie die vom erschienenen notwendigen Streitgenossen vorgenommene Handlung stets auch für den säumigen, andererseits nach der Fiktionstheorie dies erst nach Lage des Falles gelten solle und trotz alledem diese Wirkungen "gleich" seien! Wie kann dann noch ein Gedanke an Gleichheit aufkommen? Diese Frage bleibt unbeantwortet.

Hier zeigt sich nämlich der entscheidende Irrtum der Fiktionstheorie: Sie behandelt die von ihr selbst als "fiktiv" bezeichnete Anordnung des Stellvertretungsrechts in derselben Weise, wie wenn dasselbe "analog", d.h. nur entsprechend zur Anwendung käme. Wäre dies wirklich der Fall,

-
- 117) Vgl. Wolff, S. 7 vor d; gerade aber dieser Umstand ist bedenklich fragwürdig, wie im folgenden dargelegt wird.
- 118) Vgl. oben Note 113.
- 119) Vgl. oben Note 112.

so könnten die Rechtsfolgen in der Tat differieren. Bei einer fiktiven Anwendung einer nicht ursprünglich auf den Tatbestand passenden Norm bleiben hingegen dessen übliche Rechtsfolgen unberührt und darum stets die gleichen (120). Nur auf diesem Irrweg können die Anhänger dieser Theorie

120)

Diese Zwangsläufigkeit läge auch dann vor, wenn es sich anstatt einer Fiktion um eine unwiderlegliche Vermutung handeln würde (vgl. Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV). Hier wäre es berechtigt, in beiden Fällen von gleichen Wirkungen bei ungleichen Voraussetzungen zu sprechen. Denn auch bei dieser besteht kein Zweifel darüber, daß die Rechtsfolgen des unwiderleglich vermuteten Tatbestandes ohne Rücksicht auf den wirklichen Sachverhalt eintreten müssen, d.h. im Falle der unwiderleglich vermuteten Stellvertretung der Wille und die "Beziehung" (-vgl. oben Note 38-) des Handelnden zum "Vertretenen" ohne jede Bedeutung sind. Die Voraussetzungen dieser Rechtsfigur sind jedoch jenen gegenüber ungleich: Bildet nämlich bei der Fiktion s t e t s ein anderer Sachverhalt als der der angeordneten Rechtsfolge eigentümliche Tatbestand die Grundlage, so ist bei der unwiderleglichen Vermutung gerade das Gegenteil zu erkennen: Ausgehend vom Grundfall der w i d e r leglichen Vermutung ist sich dort der Gesetzgeber bewußt, daß die angeordneten Rechtswirkungen dann nicht eintreten dürfen, wenn der hierfür ursprünglich vorausgesetzte Zweifelsfall sich zu einem eindeutig entgegengesetzten Sachverhalt aufklärt. Es kann aber Rechtslagen geben, in welchen der Gesetzgeber daran interessiert ist, daß die mögliche Veränderung des Sachverhalts keine Veränderung in den angeordneten Rechtswirkungen zur Folge hat: Dann bedient er sich der u n widerleglichen Vermutung. Daraus muß aber der Schluß gezogen werden, daß dieser zuletzt geschilderten Rechtsfigur immerhin die stets vorhandene Möglichkeit einer gegen teiligen Veränderung des Sachverhalts als ein ihr eigentümliches Prinzip innewohnen muß (-wenn auch diesem Umstand letztlich vom Gesetz kein eigener Rechtserfolg zugedacht ist und er deshalb unter rechtlichen Gesichtspunkten bedeutungslos bleibt-). Eine solche Besonderheit ist aber der Konstruktion der Fiktion nicht nur "fremd", sondern sogar völlig entgegengesetzt. Auf den Fall des § 62 ZPO angewandt, besagt dies folgendes: Das Gesetz geht von der Säumnis eines

von einem "Spielraum" (121) sprechen, der den eigentlichen Grund darstelle, weshalb "der Gesetzgeber die fiktive Ausdrucksweise gewählt" (122) habe. Da aber das Gesetz in der Tat unzweideutig das technische Hilfsmittel der Fiktion anwendet, um lediglich die Wirkungen eines bereits geregelten Rechtsinstituts (123) auf einen anderen Tatbestand zu übertragen, kann kein Raum für ein solches Vorgehen sein, welches die hier angeschnittenen Rechtsfragen mit nur dem Analogieverfahren eigenen Mitteln lösen will. Daraus ist zu folgern, daß die fingierte Stellvertretung hinsichtlich des Wirkungsumfangs der Vorschrift des § 62 ZPO **n i c h t** zu den von ihren Anhängern vertretenen Ergebnissen (124) führen kann: Eine fingierte Rechtsfolge **m u ß** eintreten; unvereinbar ist damit eine Prüfung jedes Falles dahin, ob die "fingierte Vertretung des § 62 auf ... (die jeweili-

notwendigen Streitgenossen aus und knüpft hieran bestimmte Rechtsfolgen. Ist dieser Genosse aber erschienen oder vertreten, liegt der Fall der "Säumnis" nicht vor (-vgl. oben Note 79-): Dann aber fehlt es schon an einem Sachverhalt, auf den der Tatbestand des § 62 ZPO zutreffen könnte! Weil also eine dieser Rechtsnorm konträre Sachlage niemals in ihren Anwendungsbereich fallen kann, ist es aus den aufgezeigten rechtsdogmatischen Gründen nicht zulässig, in der durch § 62 ZPO getroffenen Regelung eine "unwiderlegliche Vermutung" zu erblicken. Vgl. oben Note 112; wie hier Lent IhJ 90/70 zu dort Note 2 und ebenda, S. 71 vor II; Fuhr, S. 25.

- 121) Vgl. oben Note 112.
- 122) " - denn wenn er das Prinzip der Stellvertretung direkt angesprochen hätte, wäre der Umfang der Vertretungsmacht unbeschränkt gewesen" (Samper, S. 12)! Er ist es aber auch so bei der indirekten Anwendung nach der Fiktion der Stellvertretung (vgl. hierzu oben Note 115)!
- 123) Vgl. Fuhr, S. 25 unten.
- 124) Vgl. oben Noten 112, 113 und oben S. 32.

gen) ... Handlungen ... angewendet werden kann"(125). Andererseits ist nicht zu verkennen, daß ein derartiges Korrektiv mit Entschiedenheit zu fordern und deshalb der Fiktionstheorie in diesem Punkte zuzustimmen ist, weil andernfalls die Abgrenzung zur rein schematischen Übertragung der Vertretungswirkung völlig der materiellrechtlichen Regelung zuwider liefe.

Es drängt sich daher die Schlußfolgerung auf, daß die Fiktionstheorie durch die Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut zwar zunächst den richtigen Ansatzpunkt aufweist, ihr aber letztlich dennoch nicht ohne Einschränkung gefolgt werden kann. Auch sie erreicht nicht ihr Ziel, - nämlich die bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft auftauchenden Probleme für die Wissenschaft u n d für die Rechtspraxis befriedigend zu lösen: Weil sich die genannten Einschränkungen nicht aus ihr selbst ergeben, weil nicht deren Umfang abgegrenzt wird, scheitert ihre positive Bewertung ebenfalls an der mangelnden Abgrenzung des Wirkungskreises, welcher der Regelung des § 62 ZPO zukommt.

Eine a n d e r e Frage bleibt es allerdings, ob die hier kritisch betrachteten Theorien die Aufklärung sowohl der Wirkungsweise als auch des Wirkungsumfangs der in § 62 ZPO niedergelegten Regelung bezwecken oder ob sie durch diese beiden Problemstellungen überfordert werden. Betrachtet man die vorstehende Untersuchung unvoreingenommen, so liegt wegen der - nach Ansicht der Arbeit - ungenügenden Lösung der Frage nach dem Wirkungsumfang die Annahme nahe, daß sie in der Tat auf das letztgenannte Problem nicht abgestellt sind, - eine unbestreitbare Schmälerung ihrer Bedeutung innerhalb der prozeßrechtlichen Dogmatik! Diese Frage kann jedoch schließlich dahingestellt

bleiben, weil die Arbeit zu dem Ergebnis gekommen ist, daß die h.M. für die Frage der Abgrenzung des Wirkungskreises keine theoretische Klärung gibt.

2. Kapitel

Eigene Meinung über die Konstruktion des Wirkungsumfangs.

1. Abschnitt: Die Voraussetzungen zur Begründung der eigenen Meinung.

§ 1: Der Grundsatz der einheitlichen Entscheidung als Ausgangspunkt.

Die Arbeit geht davon aus, daß die Wirkungsweise der in § 62 ZPO geregelten Erstreckungswirkung durch die Fiktions-
theorie geklärt ist (126). Hinsichtlich des Wirkungs-
u m f a n g s kann jedoch das Ergebnis der Arbeit nur negativ ausgedrückt werden: als Ablehnung jener Hauptmeinungen, die über den inneren Aufbau der in der Vorschrift des § 62 Abs. I ZPO angeordneten Regelung erkennbar geworden sind. Unabhängig davon, ob diese auf die Frage nach dem Wirkungsumfang keine Antwort geben können oder ein solches Ziel überhaupt nicht in ihrer Absicht liegt, bleibt das Erfordernis bestehen, nach den gemeinsamen Grundlagen für die Abgrenzung des dem § 62 ZPO zukommenden Wirkungskreises zu suchen. Bieten diese Theorien nicht aber einen gemeinsamen Ansatz, aus dem die Lösung hergeleitet werden könnte?

Eigen ist ihnen allen der Ausgangspunkt, daß durch die Vorschrift des § 62 ZPO die einheitliche Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses a l l e n notwendi-

126) Vgl. oben S. 21, 23.

gen Streitgenossen gegenüber gesichert werden soll (127). Diese "Notwendigkeit der einheitlichen Feststellung" und damit der Ausschluß widersprechender Entscheidungen stellt ein Wesensmerkmal sämtlicher Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft dar (128, 129). Ergibt die Prüfung eines Rechtsstreits die Feststellung, daß eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, so gehen alle Überlegungen hierfür davon aus, ob seine Rechtslage und damit das Gesetz den Erlaß eines einheitlichen Urteils in dieser nämlichen Streitsache (130) erfordere: Dabei ist der eigentliche Zwang zur Einheitlichkeit der Sachentscheidung lediglich eine logische Forderung des materiellen Rechts, dem die strittigen Rechtsverhältnisse der einzelnen notwendigen Streitgenossen entstammen (131). Soweit es

-
- 127) Vgl. hinsichtlich der Bedeutung dieses Umstandes, daß die im Ergebnis im materiellen Recht zur Wirkung kommende sachliche Prozeßbeendigung einheitlich sein muß, die Erörterungen über den Fall des Ausschlusses jener aus § 62 ZPO abzuleitenden Wirkungen unten S. 100 zu § 6.
- 128) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 271 zu I/2 und S. 274 zu II/1, der auf das große Verdienst Rosenbergs (-dort Note 13-) um diese Erkenntnis hinweist.
- 129) Hierüber besteht nunmehr Einigkeit; vgl. oben Note 6 und im einzelnen u.a.: Amelunxen, S. 56 f., 70; Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 C; Dreyer Gruchot 38/35; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 1; Goldschmidt, ZPR S. 526 f.; Hahn, S. 174; Hellmann ZZP 17/10; Hellwig, System I § 124; Kisch, S. 18; Levetzow, S. 25, 57; Nikisch, § 110 II 1; RGZ 96/254; Rosenberg, Lehrbuch § 95 I 3, III 3b; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 2; Sitzler, S. 47; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 B (vor a); Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. I; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B, B I, B IV; Zimmermann, S. 25, 38.
- 130) Schon daraus erhellt, daß der Einheitlichkeitsgrundsatz - als Sonderregelung eng auszulegen - nur die Sachentscheidung betreffen kann.
- 131) Vgl. auch oben S. 2.

sich hierbei jeweils um "dieselben" streitbefangenen Rechte handelt (132), vermag diese darin zu erblickende "Identität der streitigen Rechtsverhältnisse" (133) nach neueren Forschungen (134) noch nicht zum Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft zu führen; dies geschieht erst - als zweite Voraussetzung hierfür - durch die Erstreckung der Rechtskraft auf jeden Genossen, die aber durch die bloße Identität des Streitgegenstandes allein nicht hervorgerufen werden kann (135). Während somit nach der "Theorie der Identität der streitigen Rechtsverhältnisse" (136) die Rechtskrafterstreckung eine Folge (137) der notwendigen Streitgenossenschaft bildet (-und darum zu den bei ihrer Durchführung auftretenden Problemen zu zählen wäre-), ist sie nach der "Theorie der Rechtskrafterstreckung" (138) einer der Gründe und Voraussetzungen für das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft (139) - und muß folglich aus dem Kreis der zu behandelnden Rechtsfragen ausscheiden (140). Da diese nur den Fällen des ersten Alternativ-

-
- 132) Vgl. Samper, S. 5; Medicus, S. 46 f.
- 133) Vgl. oben Note 132.
- 134) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 281 zu II/5 und S. 288 zu V (a.E.), sowie (-dort Note 28-) Lent IhJ 90/45 und BGH NJW 1959/1683.
- 135) Vgl. oben Note 134; ein Eingehen auf diese Fragen muß der Arbeit ihrem Thema nach versagt bleiben (-vgl. hierzu oben Note 5-).
- 136) Diese Bezeichnung soll nur zur Verdeutlichung verwendet werden, da sie noch keinen allgemeinüblichen terminus technicus darstellt; vgl. auch oben Note 132.
- 137) So auch Hellwig, System I § 124/I 2 c.
- 138) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 298 zu V, und oben Note 132.
- 139) So auch BGH NJW 1959/1683.
- 140) Vgl. im übrigen oben Note 5.

tatbestandes (141) des § 62 ZPO eigentümliche Rechtskraft-
erstreckung denselben die Einheitlichkeit der Sachentscheid-
ung gewährleistet, jenen des zweiten Alternativtatbestan-

- 141) Die leidige Einteilung (-vgl. oben Note 9-) der notwendigen Streitgenossenschaft in ihre einzelnen, auf die beiden Alternativtatbestände des § 62 Abs. I ZPO zurückgehenden Fallarten gehört nicht zur thematischen Fragestellung der Arbeit und kann aus diesem Grunde auch nicht in ihrem Hauptteil erscheinen. Hingegen ist sie für dieselbe doch zu bedeutsam, als daß an ihr vorübergegangen werden könnte. Denn der Unterschied zwischen diesen Fallarten zeigt sich schon rein nach ihren gesetzlichen Voraussetzungen (-so daß dies nicht mit ihren Folgen verwechselt werden kann-) auf grundlegende Weise in der Frage, ob die Klage eines bzw. gegen einen einzelnen notwendigen Streitgenossen für "gegeben" gehalten wird (-mit dieser neutralen Ausdrucksweise soll das Problem der Zulässigkeit oder Begründetheit einer solchen Klage nicht vorweg beantwortet werden; vgl. unten S. 123 f.-).
- Soweit der erste Alternativtatbestand davon ausgeht, daß "das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann" (§ 62 Abs. I, 1. Halbsatz ZPO), zählen dazu nach der hier vertretenen, neuerdings wieder im Vordergrund stehenden Ansicht (-vgl. oben Note 134-) die Fälle der Rechtskrafterstreckung. In ihnen darf zwar der einzelne Rechtsträger allein klagen oder verklagt werden, aber ein in dieser Sache ergangenes Sachurteil hat Rechtskraft für alle anderen Rechtsträger dieses Gegenstandes. (Auf nähere Einzelheiten in der ein- bzw. allseitigen Rechtskrafterstreckung kann hier nicht eingegangen werden; vgl. auch unten S. 268 zu Note 1199).
- Nachdem ein gemeinschaftliches Prozessieren der Genossen somit nicht zu fordern, aber auch nicht verwehrt ist, kann eine Streitgenossenschaft unter ihnen nur auf der Grundlage freiwilliger Teilnahme am Prozeß eines von ihnen zustande kommen; diese Streitgenossenschaft ist daher nicht im üblichen Sprachgebrauch "notwendig". Das hat zu einer Anzahl von Bezeichnungen geführt (-vgl. oben Note 9 und z.B. BGH NJW 1959/1684 zu 2; Fuhr, S. 1; Goldschmidt, ZPR § 69 /6a, b; Prozeß S. 527; Medicus, S. 11; Samper, S. 7; Wolff, S. 9-), welche auf die in diesem Sinne fehlende Notwendigkeit Bezug nehmen. Weil aber dennoch das Vorliegen einer im juristischen und damit allein maßgeblichen

des (142) diese Einheitlichkeit aber schon durch die den einzelnen Streitgenossen insgesamt gemeinschaftliche Lage des materiellen Rechts gesichert ist, ergibt sich somit der Nachweis dafür, daß dieser Einheitlichkeitsgrundsatz als oberste Richtlinie über a l l e Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft geschrieben steht (143).

prozeßrechtlichen Sinne "notwendigen" Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO nicht verkannt werden darf, und weil sie aber dennoch jeden äußeren Zwangs entkleidet ist (-vgl. Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B I a-), soll diese Gruppe h i e r die "abstrakt-notwendige" Streitgenossenschaft genannt werden. Man könnte sie aber auch als "bedingte" Streitgenossenschaft bezeichnen, weil die Notwendigkeit einer Streitgenossenschaft erst von der tatsächlichen - freiwilligen oder unfreiwilligen - Prozeßbeteiligung mehrerer Rechtsträger abhängt! Vgl. auch Rosenberg, Lehrbuch § 95 I 1 b.

- 142) Im Gegensatz zu dieser vorgehend angesprochenen Art gehören die Fälle des zweiten Alternativtatesbestandes, in denen "die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige" ist (§ 62 Abs. I, 2. Halbsatz ZPO), anerkanntermaßen zu jener Gruppe, in welcher die Meinungen seit jeher die Streitgenossenschaft für eigentlich notwendig hielten, weil dort die Einzelklage ausgeschlossen ist. Sie hat ein mehreren Rechtsträgern einheitlich zustehendes Gesamtrecht zur Voraussetzung, so daß nur alle diese Rechtsträger gemeinsam und insgesamt hierüber in einen Rechtsstreit treten können. Dieses logischen, gedanklich leicht erfassbaren inneren Zwanges wegen soll sie h i e r die "konkret-notwendige" Streitgenossenschaft genannt werden. (Dieses Zwanges wegen könnte man sie auch als "unbedingte" Streitgenossenschaft bezeichnen). Vgl. auch hierzu Rosenberg, Lehrbuch, § 95 I 1 b.

Im übrigen wird aber in beiden Fällen auf die untergeordnete Bedeutung dieser Bezeichnungen als lediglich systematische Hilfe hingewiesen (-vgl. oben Note 9-).

- 143) Vgl. auch oben Note 129 und BGH NJW 1962/634.

§ 2: Inhalt des Grundsatzes der einheitlichen Entscheidung.

Dieses Ergebnis würde allerdings nicht eine Betrachtung hindern, die den Einheitlichkeitsgrundsatz begrifflich nach seinen verschiedenen Motiven bei den beiden Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft orientiert erscheinen lassen könnte (144). Auf Grund der Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung der materiellen Rechtslage besagt diese Einheitlichkeit nämlich lediglich, daß die Entscheidung des Richters in der Sache selbst - also die prozessualen Streitfragen (Zuständigkeit usw.) ausgenommen! - nur "einheitlich" sein kann, falls eine solche Streitgenossenschaft im Prozeß beteiligt ist (145). In diesem Zusammenhang ist jedoch von Bedeutung, daß es sich hierbei um einen komplexen Begriff handelt: Dieser Einheitlichkeitsgrundsatz läßt sich nämlich in zwei Komponenten zerlegen, die am treffendsten konträr ausgedrückt werden als Gegenteil einer "inhaltlichen Verschiedenheit" und einer "zeitlichen Getrenntheit" von Gerichtsentscheidungen (146); beide Komponenten zusammen führen zur "Einheitlichkeit" einer Gerichtsentscheidung. Entsprechend dieser Zusammensetzung muß daher der Begriff des Einheitlichkeitsgrundsatzes unter dem Gesichtspunkt der beiden Alternativtatbestände des § 62 ZPO überprüft werden (147).

144) -wie es Lent IhJ 90/29 (und dort Note 1) zu meinen scheint-

145) So auch Lent IhJ 90/28.

146) Vgl. RGZ 132/351.

147) Daß sie beide diese "Einheitlichkeit" sichern wollen und deshalb unter dem genannten Grundsatz stehen, soll an dieser Stelle nur wiederholt werden; vgl. auch oben Note 6.

a) Zweite Alternative des § 62 ZPO.

Beruht die "konkret-notwendige" Streitgenossenschaft (-zweite Alternative des § 62 ZPO-) (148) auf einer materiellrechtlichen Gemeinschaftslage (149), so folgt daraus, daß der Prozeß stets um ein einziges Rechtsverhältnis geführt wird, dessen Eigentümlichkeit es ist, nicht in Teilakte zerlegt werden zu können und demgemäß auch keine Teilrechtsträger zu kennen, sondern nur jeden Beteiligten in Verbindung mit den anderen zusammen als d e n Rechtsinhaber zuzulassen (150): Der Gegenstand, um den der Rechtsstreit geführt wird, ist für alle zusammen und für jeden einzelnen der Genossen der nämliche. Das kann sich aber prozessual nur dahingehend auswirken (151), daß nur e i n e Entscheidung vom Richter ausgesprochen werden kann (152). Den Zeitpunkt hierfür (153) bestimmt dabei einzig und allein die Entscheidungsreife, die vom Stand der richterlichen Beurteilung der Rechtslage in materiell- wie prozeßrechtlicher Hinsicht abhängt. Da jedoch die Rechtslage für jeden Genossen die nämliche ist

148) Vgl. oben Note 142.

149) Vgl. oben Note 145. Ähnlich Blomeyer AcP 159/403.

150) Wenn es sich hierbei auch nicht immer um echte Gesamthandsverhältnisse handeln mag, so berechtigt diese Situation doch, wenigstens von einer Gesamthandsähnlichkeit zu sprechen; vgl. auch unten Note 162. Freilich stellt damit die notwendige Streitgenossenschaft noch keine echte "Gesamthand" dar (Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 4).

151) Jener materiellrechtlichen Besonderheit steht hier eine prozessuale gegenüber: Auch Schwab, Lent-Festschrift, S. 276 zu II/3, folgert, daß unabhängig von der Zahl der gestellten Anträge "über dieses allen zusammen zustehende gemeinsame Recht ...eine einheitliche Entscheidung getroffen werden" muß; vgl. dazu auch unten S. 126.

152) Für die "konkret-notwendige" Streitgenossenschaft wie hier: Lent IhJ 90/34; a.A. Kisch, S. 10 f.

153) Vgl. § 300 Abs. I ZPO. Ebenso Hellwig, Lehrbuch III § 158 VII.

- sie in derselben Weise einen prozessualen Fortschritt oder auch nicht aufzuweisen hat wie bei allen übrigen Genossen -, muß zwangsläufig die Entscheidungsreife, damit zugleich der Zeitpunkt zum Erlaß der Entscheidung sowie wegen der Nämlichkeit der gemeinsamen Rechtslage auch der Inhalt der zu erlassenden Entscheidung für alle notwendigen Streitgenossen derselbe sein. Der Einheitlichkeitsgrundsatz bedeutet somit beim zweiten Alternativtatbestand der notwendigen Streitgenossenschaft eine *e i n - z i g e* zeitlich und inhaltlich gleiche Sachentscheidung durch den Richter (154).

b) Erste Alternative des § 62 ZPO.

Die "abstrakt-notwendige" Streitgenossenschaft (-erste Alternative des § 62 ZPO -) (155) beruht hingegen auf einer vom Gesetz angeordneten Rechtskrafterstreckung (156). Wäre sie nur die alleinige Voraussetzung dieser Fallgruppe der notwendigen Streitgenossenschaft, so dürften hieraus andere, vom Vorstehenden (157) abweichende Schlußfolgerungen zu ziehen sein. So aber ist in Erinnerung zu bringen, daß als weitere Vorbedingung für diese Fallgruppe die "Identität des streitigen Rechtsverhältnisses" herausgestellt wurde (158), wenn sie auch nicht für sich allein genügen mag (159). Hier geht es darum, bei nacheinander folgenden Prozessen eine

154) Vgl. auch unten Note 176.

155) Vgl. oben Note 141.

156) Vgl. oben S. 38 zu Note 138.

157) Vgl. oben S. 42.

158) Vgl. oben Note 156.

159) Eine nähere Untersuchung hierüber liegt nicht in der Aufgabenstellung dieser Arbeit; vgl. oben S. 38 zu Note 140.

Rechtskraftkollision zu verhindern (160). Diese ist aber doch nur dann denkbar, wenn sich ihre jeweiligen Streitgegenstände nicht bloß gleicher, sondern wenn es sich in diesen Prozessen vielmehr um das nämliche Rechtsverhältnis handelt (161): Die Beteiligung aller an gerade diesem Rechtsverhältnis in ihrer Gesamtheit steht auf dem Spiel; insoweit darf wohl zur Veranschaulichung von einer "Gemeinschaftlichkeit" gesprochen werden (162). Ist es auch nur *e i n e r* der "Gemeinschafter", der aus persönlichen, aber rechtlich schlüssigen Gründen seine Mitbeteiligung an dieser "Gemein-

160) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 279 zu II/4b; BGH NJW 1959/1683; Warneyer, § 62 ZPO, Anm. I, und RG WarnRspr. 1918/334; bea. auch oben Note 138.

161) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 291 f. zu IV/1a und u.a. eines der dortigen Beispiele (-ebenso Lent IhJ 90/43-):

Ein gegen den Nachlaß gerichteter Anspruch kann sowohl gegen den Erben selbst als auch gegen den verwaltungsbefugten Testamentsvollstrecker nach § 2213 Abs. I Satz 1 BGB eingeklagt werden, so daß es sich bei einer Klage gegen beide zusammen logischerweise um das nämliche Rechtsverhältnis handeln muß;

vgl. weiterhin Schwab, Lent-Festschrift, S. 294 zu IV/1b und u.a. ein anderes der dortigen Beispiele (-ebenso Lent IhJ 90/47-):

Die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, die Feststellung der Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses der Aktiengesellschaft usw. tritt für alle Beteiligte ein, auch wenn sie nicht Partei des hierüber geführten Rechtsstreits waren (§§ 1496 Satz 2 BGB, 200 Abs. I Satz 1 AktG): Auch hier liegt bei einem Rechtsstreit mehrerer das nämliche Rechtsverhältnis - das Fortbestehen der Gütergemeinschaft bzw. des Hauptversammlungsbeschlusses - der richterlichen Nachprüfung vor.

162) Vgl. unten Note 182 als Gegensatz zu echten Gesamtverhältnissen (-vgl. auch oben Note 150-). Auch Blomeyer AcP 159/403 geht -im übrigen angreifbar- von einem "einheitlichen Streitgegenstand" aus.

schaftlichkeit" vor das Gericht bringt, so geht es auf dem Wege über die Rechtskrafterstreckung dennoch um die Gesamtbeteiligung aller. Dies ist schon daraus zu entnehmen, daß die einzelne Klage nicht auf Feststellung der Nichtbeteiligung dieser einzelnen an dem Rechtsverhältnis gerichtet werden kann, was doch gerade bei einer natürlichen Betrachtung erwartet werden müßte. Daß aber nur auf Feststellung des Nichtbestehens der G e s a m t beteiligung die Klage gerichtet werden kann: dafür hat das Gesetz selbst Vorsorge getroffen (163). Führen mehrere dieser "Gemeinschafter" solche Prozesse mit durchaus eigenständigen, von einander abweichenden, aber rechtlich schlüssigen Begründungen, so folgt gerade aus dem dargelegten Umstand, daß diese verschiedenen Rechtsstreitigkeiten das n ä m l i c h e Ziel verfolgen: die Feststellung des Nichtbestehens der Gesamtbeteiligung (164). Auf diesem Wege wird zugleich der Anschluß an jene prozessuale Lage erreicht, wie sie bei der zweiten Fallalternative des § 62 ZPO als Ausgangspunkt für die Beurteilung des Einheitlich-

-
- 163) Dies ist allerdings mutatis mutandis zu verstehen:
Bei der Erbunwürdigkeitsklage kann der Erbprätendent nicht auf Feststellung s e i n e s Erbrechts gegenüber den Erbunwürdigen klagen, sondern gemäß § 2342 Abs. I Satz 2 BGB nur auf (G e s a m t -) Feststellung der Erbunwürdigkeit seiner Gegner;
bei der Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann der Abkömmling nicht gegen den überlebenden Ehegatten auf dessen Ausscheiden aus der Gütergemeinschaft, sondern gemäß § 1495 BGB nur auf (Gesamt-) Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft klagen;
streitig gebliebene Konkursforderungen führen nicht zur klagweisen Überprüfung, ob das Einzelbestreiten des Gegners berechtigt ist, sondern zur (Gesamt-) Feststellung des Bestehens der Konkursforderung (§§ 146, 147 KO) und damit der Massebelastung insgesamt;
der Hauptversammlungsbeschluß der Aktiengesellschaft kann nicht als für den Kläger allein unwirksam und zugleich für die anderen Beteiligten wirksam festgestellt werden, sondern es muß seine (Gesamt-) Nichtigkeit schlechthin geltend gemacht werden; usw.

- 164) Vgl. Lent IuJ 90/39 bzw. /40.

keitsgrundsatzes angenommen wurde (165). Wenn sich diese hier besprochene Fallgruppe auch nicht auf den ersten Blick in das dort dargestellte Gedankenschema der Unteilbarkeit der Rechtsträgerschaft (166) einfügen läßt, so zeigt doch diese bei mehreren Prozessen in dieser Sache auftretende Nämlichkeit des jeweils verfolgten Ziels (167), daß hier dennoch die Prozeßlage dieselbe ist, wie dort beider zweiten Fallalternative: In gleicher Weise, wie im Prozeß des einen Genossen ein prozessualer Fortschritt - oder auch nicht - zu erkennen ist, überträgt sich dieser Umstand auf die Prozesse der anderen Genossen, und führt somit in allen Prozessen die zeitliche Entscheidungsreife herbei, während die neben der Identität des Streitgegenstandes hier eingreifende Rechtskrafterstreckung die inhaltliche Entscheidungsgleichheit in diesen Prozessen erzwingt (168). Der Gegenstand, um den der Rechtsstreit geführt wird, i s t auch in der Tat für alle zusammen und für jeden einzelnen der Genossen wiederum der n ä m l i c h e (169); dies muß zwangsläufig so sein, weil diese Fallgruppe der notwendigen Streitgenossenschaft ja auf der Identität des Rechtsverhältnisses - wenn auch nicht allein (170) - beruht, indem das Gesetz selbst in § 62

-
- 165) Vgl. oben S. 42 Mitte.
- 166) - weil nicht gesamthänderische Rechtsverhältnisse, sondern (-lediglich in ihrer Bindung der Beteiligten untereinander als schwächer zu bezeichnende-) Gemeinschaftsverhältnisse (vgl. oben Note 162) in Streit stehen; vgl. auch oben S. 42 zu Note 150 -
- 167) Vgl. oben S. 45 zu Note 164.
- 168) Vgl. Lent IhJ 90/46.
- 169) Daß es hierbei allein um die Gestaltung des Gesamtverhältnisses geht, n i c h t aber um ein einzelnes Gestaltungsrecht des jeweiligen Klägers, stellt Lent IhJ 90/49 ganz eindeutig heraus.
- 170) Vgl. oben Note 159.

ZPO von " d e m streitigen Rechtsverhältnis" spricht (171). Dieser Umstand darf (172) sich dann aber prozessual wieder nur dahingehend äußern (173), daß nur e i n e Entscheidung vom Richter ausgesprochen werden kann (174).

171) Darauf weist auch Lent IhJ 90/45 -dort vor III- besonders hin.

172) Die Erzwingung e i n e r einzigen Entscheidung - die natürlich auch nur e i n e n Inhalt haben kann! - allein durch die Nämlichkeit des Streitgegenstandes müßte recht fragwürdig bleiben: Denn wenn auch bei Identität des Streitgegenstandes getrennte Prozesse denkbar sind, in denen unterschiedliche Entscheidungen ergehen können (-vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 280 zu II/5-), und aus diesem Umstand auch bei einem Miteinander dieser Prozesse nicht allein die inhaltliche Entscheidungseinheit hergeleitet werden kann, so muß sich eine solche Beurteilung dann ändern, wenn das materielle Recht die Erstreckung der Rechtskraft - die Ausdehnung der Entscheidungswirkungen - angeordnet hat.

Damit ist durch dessen eigentliches Ziel der G e s a m t gestaltung (-vgl. Lent IhJ 90/39 zu II-), die sich nicht auf einen der Genossen beschränkt, der Kern des Einheitlichkeitsgrundsatzes für diese Alternative der notwendigen Streitgenossenschaft in seiner Richtigkeit bestätigt.

173) Vgl. dazu oben S. 42 zu Note 152.

174) Hierzu sind aber folgende Punkte zu unterscheiden: Daß nur eine und insoweit inhaltlich einheitliche Entscheidung ergeht, vgl. oben S. 42. Daß diese Entscheidungseinheit auch in zeitlicher Hinsicht vorliegen muß, ergibt sich daraus, daß der Prozeß mit den anderen Streitgenossen wegen der Rechtskrafterstreckung nicht mehr fortgeführt werden kann (-vgl. hierzu Lent IhJ 90/49-). Denn überdies ist nicht zu verkennen, daß in einem solchen Fall die Rechtslage für jeden Genossen die nämliche ist (-sie also in derselben Weise einen prozessualen Fortschritt in Richtung auf die Entscheidungsreife des ganzen Rechtsstreits hin macht oder auch nicht wie bei allen übrigen Genossen-). Der Begriff dieser Entscheidungsreife enthält aber den bindenden Befehl an den Richter, die Entscheidung sobald zu fällen wie ein hierfür ausreichender Rechtsgrund vorliegt: Ist diese Voraussetzung

Der Grundsatz der einheitlichen Entscheidung (175) bedeutet somit auch bei dem ersten Alternativtatbestand der notwendigen Streitgenossenschaft eine *e i n z i g e* zeitlich und inhaltlich gleiche Sachentscheidung (176).

Somit wird obige Feststellung (177) bestätigt, daß der vorgenannte Grundsatz einheitlicher Sachentscheidung als Folge

durch das Vorbringen eines der Genossen erfüllt, so ist der Richter nicht mehr berechtigt, die anderen etwa noch nachforschungsbedürftigen Rechtsgründe der anderen Genossen weiter zu verfolgen; er hat ja nunmehr einen die Entscheidung tragenden Grund für *a l l e* Genossen, d.h. für deren nämlichen Streitgegenstand gefunden!

Dieses Ergebnis bleibt ungeachtet der Möglichkeit bestehen, daß hierbei nicht notwendigerweise jeder der von allen Streitgenossen vorgetragenen Klagegründe für die Entscheidungsfindung verwertet wurde.

175) Vgl. oben S. 36 f.

176) Vgl. wie hier:

Amelunxen, S. 58; Hachenburg, S. 91; Levetzow, S. 18, 24; Medicus, S. 4; Rosenberg, Lehrbuch § 95 II 1 vor a; Wachenfeld, S. 62; Zimmermann, S. 27; a.A:

Kisch, S. 4, 10; Lent IhJ 90/44 -dort zu II-, der trotz Erkennung der Identität der Streitgegenstände wohl zu einseitig prozessual denkt und deshalb die Entscheidungseinheit wegen der mehreren Anträge der Genossen verneint. Darüber vgl. hier unten S. 123 f. und Note 505.

Vgl. außerdem zum Begriff der Einheitlichkeit des Streitgegenstandes: Kisch, S. 10 f.; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3a (-der eine "Einheitlichkeit des Prozeßstoffes" verlangt-); Wolff, S. 35, sowie hier oben Note 162 und unten Note 1262. Im übrigen ist es nicht Gegenstand der Arbeit (-vgl. hierzu auch unten Note 506-), den Begriff des Streitgegenstandes zu untersuchen. Vgl. Schwab, Streitgegenstand, S. 199 f.

177) Vgl. oben S. 40 zu Note 143.

der Identität des Streitgegenstandes (178) und der Rechtskrafterstreckung (179) für beide Alternativen des § 62 ZPO gilt (180).

§ 3: Der Mangel der Parteieinheit.

Mit dem bisher erzielten Ergebnis -nämlich der Erkenntnis, daß der Grundsatz der einheitlichen Sachentscheidung für die notwendige Streitgenossenschaft von ausschlaggebender Bedeutung ist und deshalb für alle auftretenden Probleme maßgeblich sein wird- zeigt sich folgendes: Der gesamthandsähnlichen Gemeinschaftssituation (181) im materiellen Recht (182) wird ein aus den Gegebenheiten des Prozesses

178) Vgl. oben S. 42, 38.

179) Vgl. oben S. 43.

180) Genau genommen erfolgt damit auch hier eine Berücksichtigung der materiellen Rechtslage, die eigentlich bereits durch die Einführung des Instituts der notwendigen Streitgenossenschaft in die Prozeßordnung begründet wurde, so daß diese Ausgestaltung, wie sie in der Erstreckungswirkung (-vgl. unten S. 78 zu Note 301-) ihren Niederschlag gefunden hat, lediglich die logischen Folgerungen aus dem materiellen Recht ins Prozessuale hereinnimmt. Gegen diese Gleichsetzung der beiden Fallalternativen des § 62 ZPO wendet sich Medicus, S. 136 f.

181) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 273 zu I/4.

182) Welcher Art diese materiellen Rechtslagen im einzelnen sind, steht hier außerhalb der Untersuchung -vgl. oben Note 5-, weil sie die Voraussetzungen bilden, die zur Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft führen. Diese Eigenschaft leitet sich daraus ab, daß die materiell-rechtliche Regelung eben eine Berücksichtigung auf prozeßrechtlichem Gebiet erforderlich macht. Die Notwendig-

geschaffenes Gegenstück -der Figur der notwendigen Streitgenossenschaft- ergänzend an die Seite gestellt.

Zugleich drängt sich jedoch damit die Frage auf, ob und auf welche Weise sich dieser Grundsatz der einheitlichen Sachentscheidung auf die Parteistellung der einzelnen notwendigen Streitgenossen auswirkt: Die ZPO wagt diesen Schritt der Ergänzung des materiellen Rechts im Prozeß - und damit wird diese Frage schon im Grundsätzlichen beantwortet - nicht vollends. Denn es wäre verfehlt, in der Figur der notwendigen Streitgenossenschaft etwa gar ein solches Gebilde zu vermuten, wie es den im materiellen Recht gewohnten Vorstellungen von der juristischen Person entspricht (183). Die notwendige Streitgenossenschaft des deutschen Zivilprozeßrechts stellt vielmehr nicht einmal ein so einheitlich durchgeformtes Prozeßsubjekt dar (184) wie die "einheitliche Streitpartei" nach § 14 der öster-

keit einheitlicher Feststellung ist daher keine "Folge" der notwendigen Streitgenossenschaft, wie Hellwig, System I § 124 I 2c, meint. Fuhr, S. 3, hat deshalb zu recht darauf hingewiesen, daß die Folge dieser besonderen Vorschrift des § 62 ZPO nur die Möglichkeit ist, "mit ihrer Hilfe die schon im materiellen Recht begründete Notwendigkeit (- einheitlicher Feststellung zu -) verwirklichen".

183) So klar und eindeutig Hellwig, Lehrbuch III/159 (dort Anm. 15): "Erwägt man ..., daß sogar heute noch die Gemeinsamkeit der Verwaltung viele zu der Annahme verführt, daß dann ein eigentümlich organisiertes Rechtssubjekt vorliege ..., so kann es uns nicht wundern, daß man in älterer Zeit das *litis consortium* unter dem Gesichtspunkt der juristischen Person betrachtete. ... Anders ist es in unserem Falle"; ebenso Hellwig, System I, § 122 II: "Auch bei der engsten Verbindung liegen mehrere Prozeßverhältnisse vor. Einheit wäre nur dann anzunehmen, wenn die auf derselben Parteiseite vereinigten Personen eine juristische Person bildeten. ... Aber sie trifft für das heutige Recht in keinem Falle zu ...". Vgl. im übrigen unten S. 277 f.

184) Lent IhJ 90/35 bejaht dies nicht zu Unrecht, wenn man das Ergebnis dieser Arbeit -vgl. unten S. 278- betrachtet.

reichischen ZPO (185); lediglich von einer starken Annäherung an die dortige Regelung kann hier gesprochen werden (186), da an dem entgegenstehenden Parteibegriff festzuhalten ist. Er ist nämlich als "unabhängig von der sachlich-rechtlichen Rechtsgestaltung und der außerprozessualen Rechtsstellung der Beteiligten" (187) aufzufassen: Soweit auf einer Parteiseite mehrere Personen beteiligt sind, "heißen (sie) Streitgenossen" (188), ohne daß damit ihre Zusammenfassung zu einer einheitlichen Partei vorgenommen wird (189). Wollte man - hiervon abweichend - entsprechend der österreichischen Regelung (190) in der Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft eine einzige, einheitliche "Partei" erblicken, so würde dies zumindest ihre Parteifähigkeit zwingend voraussetzen (191). Eine Personenmehrheit - und hierunter die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft **n i c h t** zu fassen, steht außerhalb jeder Diskussion! - kann daher nur dann als eine einzige Prozeßpartei betrachtet werden, wenn diese Mehrheit selbst parteifähig ist. Voraussetzung für die Parteifähigkeit ist nach § 50 Abs. I ZPO die Rechtsfähigkeit, die dem Gebilde der notwendigen Streitgenossenschaft als Prozeßfigur ebenso fehlt wie etwa ihre Parteifähigkeit die Rechtsfähigkeit zur Folge haben könnte (192).

-
- 185) Vgl. unten Note 900 und Rosenberg, Lehrbuch § 95 III/4.
- 186) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 276 zu II/3 (a. E.) und hier unten S. 279.
- 187) So Rosenberg, Lehrbuch § 39 I 1.
- 188) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 39 III 3.
- 189) Ebenso Kisch, S. 13; Levetzow, S. 20; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 4; Zimmermann, S. 24.
- 190) Vgl. Pollak, S. 200; Karl Wolff, S. 127 f.; Holzhammer ÖJZ 14/620 und /623 zu III; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 4.
- 191) Denn die "Fähigkeit, Subjekt eines Prozeßverhältnisses zu sein" (Rosenberg, Lehrbuch § 42 I 1), wird unter den Begriff der Parteifähigkeit gebracht.
- 192) Vgl. Stein-Jonas, § 50 ZPO, Anm. I.

Wenn auch eine ausschließliche Anknüpfung der Parteifähigkeit an diesen Begriff nicht besteht (193), so setzt sie - ist diese bürgerlichrechtliche Rechtsfähigkeit unklar - dennoch eine besondere gesetzliche Grundlage voraus (194). Nur in diesem Zusammenhang ist es zu verstehen, daß auch die Parteifähigkeit selbst bei nichtrechtsfähigen Subjekten möglich ist (195). Fest steht jedenfalls die in der deutschen (196) Prozeßrechtswissenschaft nicht mehr angegriffene Erkenntnis (197), daß die bloße bürgerlichrechtliche Rechtsgemeinschaft (198) allein weder zu einer einheitlichen Rechtsfähigkeit noch zu einer einheitlichen Par-

-
- 193) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 42 I 1; Stein-Jonas, § 50 ZPO Anm. I.
- 194) Dies ist den beiden Vorschriften der §§ 50 Abs. II, 17 ZPO eindeutig zu entnehmen (vgl. Stein-Jonas, § 50 ZPO Anm. II/3), insbesondere geht die letztere Vorschrift von der "durch andere Normen bereits angeordneten Parteifähigkeit" (so Rosenberg, Lehrbuch § 42 I/1) aus und bestätigt damit die Auffassung, daß die Parteifähigkeit nichtrechtsfähiger Subjekte nur durch Sonderregelungen geschaffen werden kann.
- 195) Vgl. Stein-Jonas, § 50 ZPO Anm. I.
- 196) Andere Rechtsordnungen können hier selbstverständlich nicht angezogen werden (ebenso - für viele - Rosenberg, Lehrbuch § 42 I 2); anders für das österreichische Zivilprozeßrecht Holzhammer ÖJZ 14/62o zu dort Note 9.
- 197) Das Beispiel des nichtrechtsfähigen Vereins mit seiner passiven - und insoweit abgeleiteten teilweisen aktiven (vgl. dazu Rosenberg, Lehrbuch § 42 II 2a a.E. vor b) - Parteifähigkeit kann angesichts der Ausnahmeregelung durch § 50 Abs. II ZPO in gleicher Weise nicht als Gegenargument herangezogen werden wie die Problemstellung bei der offenen Handelsgesellschaft auf Grund ihrer besonderen Regelung durch § 124 Abs. I HGB. Vgl. dazu auch oben Note 194.
- 198) So - für viele - Rosenberg, Lehrbuch § 42 II 4 (a.E.); Stein-Jonas, § 50 ZPO Anm. II.

teifähigkeit zu führen vermag: Weder die der Gesamthand (199) ähnliche Rechtslage noch der Umstand, daß das gemeinsame Urteil auf alle Beteiligte einwirkt, können daher mangels einer - in vorgenanntem Sinne einen Ausnahmecharakter tragenden - besonderen gesetzlichen Grundlage aus der Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft ein einheitliches und einziges Parteigebilde schaffen (200). Eine Ausgestaltung der notwendigen Streitgenossenschaft etwa in Form einer juristischen Person des Verfahrensrechts (201), eine derartige "Prozeßeinheit" (202) wird durch die gesetzliche Vorschrift des § 62 ZPO daher nicht begründet (203).

Dieser Mangel der Parteieinheit erscheint aber nicht nur mit dem Einheitlichkeitsgrundsatz für die Sachentscheidung schwer vereinbar (204) zu sein und könnte nur durch eine - über diese Annäherung hinausgehende - Rechtsänderung gelöst werden (205); ihm läuft vielmehr auch die

199) Vgl. oben Note 150.

200) a.A. Holzhammer ÖJZ 14/620, 623; wie hier: Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 4.

201) - wie wohl Holzhammer ÖJZ 14/620 (a.E.) mit dem Hinweis auf die nichtschuldrechtlichen Beziehungen der Beteiligten innerhalb der Verfahrensordnung meint (vgl. dazu auch Medicus, S. 4 und 47 zu dort Note 2) -

202) So Walsmann, S. 85.

203) Im übrigen würde sich für die bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft auftretenden Probleme auch dann keine besondere Erleichterung herbeiführen lassen, wenn trotzdem eine Parteieinheit angenommen werden sollte; dies stellen die von der österreichischen Lehre erzielten Ergebnisse für die gleiche Rechtslage bei der "einheitlichen Streitpartei" des § 14 österr.ZPO klar. Vgl. dazu unten S. 220 f. zu b und Note 1271.

204) Vgl. aber im Endergebnis unten S. 277 f.

205) Um aus einer solchen Pluralität einen einheitli-

verschiedenartige Behandlung zuwider, die die beiden Alternativfälle der notwendigen Streitgenossenschaft im Verfahrensfortgang erfahren: Diese kann aber de lege lata nicht angegriffen werden. Allein mit der für beide Fallgruppen in gleicher Weise bestehenden Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung wird die Schlußfolgerung auf deren Gleichbehandlung im Prozeß jedoch noch nicht ermöglicht (206). Demgegenüber leuchtet es bei nüchterner Überlegung weit eher ein, daß aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung zunächst weder für noch gegen eine Unterscheidung beider Fallgruppen des § 62 ZPO auch in ihren verfahrensmäßigen Behandlungsweisen etwas herzuleiten ist (207). Nichts spricht nämlich gegen die rechtlich denkbare Möglichkeit, daß inhaltlich gleiche und einheitliche Ergebnisse in Rechtsstreitigkeiten in einem jeweils von einander unterschiedlichen Prozeßbetrieb erreicht werden könnten (208). Aus diesem Grunde kann auch nicht diese "Gleichheit" deswegen bejaht werden, weil die Fallgruppen des § 62 ZPO "dasselbe Ziel verfolgen, ... (nämlich) die Gleichheit der mehreren zivilrechtlichen und d a r u m der mehreren prozessualen Verhältnisse (zu) wollen" (209).

chen Rechtsstreit zu machen, hätte es einer besonderen Rechtsnorm bedurft, die die ZPO auch in der Vorschrift ihres § 62 nicht einmal dem Inhalt - bei wohlwollender Auslegung! - nach aufweist. So aber erscheint das Gebilde der notwendigen Streitgenossenschaft nur als eine halbe Entsprechung zum materiellen Recht. Ob darin in der Tat ein echter Nachteil zu erblicken ist, stellt das von der Arbeit zu lösende Grundproblem für die Beantwortung aller anderen aufgeworfenen Fragen dar (-vgl. insoweit auch unten S. 277 f. -).

- 206) - so aber Rosenberg, Lehrbuch § 95 I 3 und III 1 vor a; Fuhr, S. 9 zu IV; vgl. dazu auch unten S. 167 zu Note 701.
- 207) Vgl. Samper, S. 5 zu 3).
- 208) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift S. 280 (a.E.) zu II/5 und S. 276 (a.E.) zu II/4 a.
- 209) So Hachenburg, S. 99 f.; doch ist ihm vorzuzul-

Richtig ist zwar, daß die besondere Stellung der notwendigen Streitgenossenschaft ihren Grund nur in dieser Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung hat (210); mit diesem - beiden Unterfällen eigenem - Merkmal ist aber ihre Gleichbehandlung nicht zwingend geboten (211). Dennoch könnte das Gesetz selbst in § 62 Abs. I ZPO eine wichtige Stütze für diese - hier abgelehnte - Ansicht bieten (212), - hat es dort doch selbst beide Gruppen der notwendigen Streitgenossenschaft in seiner angeordneten Erstreckungswirkung (213) einer gemeinsamen gleichartigen Behandlung unterworfen (214)! Dem steht aber letztlich entgegen, daß diese nur bei Termins- und Fristversäumnis vorliegende Gleichbehandlung - die überdies noch unter den Gesichtspunkten der beiden Alternativen näher untersucht werden muß und damit zunächst nur äußerlich gegeben erscheint - lediglich einen kleinen Ausschnitt jener Vielzahl von Problemen ergreift, die bei

ten, daß durch diesen - immerhin recht verlockenden - Gedankengang die Trennung von materiellem und formellem Recht übersehen wird. Dient dieses aber nur der Durchsetzung von jenem, so zeigt eine solche Unterordnung bereits die Verschiedenheit in Voraussetzung und Ziel: Damit aber ist diese Scheidung der beiden Rechtsgebiete gerechtfertigt und auch hier nicht mehr zu übersehen.

- 210) Vgl. Fuhr, S. 3 oben.
- 211) a.A.: Hellmann ZZP 17/1 f.; Kisch, S. 18 zu Anm. 2; vgl. auch oben Noten 209, 210.
- 212) Soweit ersichtlich, berufen sich aber die Anhänger der Gleichbehandlung nicht allein auf diesen Umstand, sondern führen ihn nur am Rande an (-vgl. Fuhr, S. 7-).
- 213) Vgl. unten S. 78 zu Note 301.
- 214) Ebenso könnte die frühere Vorschrift des § 472 ZPO - Eideszuschlebung - in diesem Zusammenhang genannt werden, - wohl aber eher als Gegenargument! Da sie aber nicht mehr geltendes Recht darstellt (-vgl. oben Note 13-), wird hierwegen lediglich auf Fuhr, S. 7 f., 33; Wolff, S. 35, 38; und Samper, S. 64 zu d verwiesen. Vgl. auch unten Note 261.

der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft im Prozeßgang eintreten können: Einen auch für diese Vielzahl gültigen Grundsatz von diesem Einzelfall abzuleiten, trägt das Risiko eines falschen Ergebnisses aber schon deshalb in sich, weil das Recht - und insbesondere die Prozeßordnung - nicht Selbstzweck ist (215) und deshalb nicht allein nach einem lediglich systematisch-logischen Schema aufgebaut betrachtet werden kann: Nur eine auf den Sinn und Zweck rechtlicher Einrichtungen abstellende Prüfung des Gesetzes (216) ist geeignet, Fehlergebnisse vermeiden zu helfen. Soll daher die Behandlungsweise der notwendigen Streitgenossenschaft im Verfahrensablauf untersucht werden, so muß sie den inneren Aufbau dieser Rechtsfigur in Rechnung stellen (217). Die Art der Prozeßführung kann nämlich für die Streitgenossen nicht jeweils gleichermaßen ausfallen ohne Rücksicht auf die Umstände, die zum gemeinsamen Prozeß zwingen oder ihn lediglich erwünscht erscheinen ließen (218).

Daraus ist zu entnehmen, daß die Stellung der Genossen im Falle der "abstrakt-notwendigen" Streitgenossenschaft - wegen der auf freiwilliger Teilnahme aufgebauten Streitgemeinschaft - nicht ebenso starr und unbeweglich sein wird als die bei der zwangsmäßig zustande gekommenen "konkret-notwendigen" Streitgenossenschaft (219). Augenfällig wird dies bei der Regelung der Einzelklage (220), die nur beim ersten Alternativtatbestand, nicht aber auch beim zweiten (221) ge-

215) Vgl. oben Note 51.

216) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Einleitung III/5 B, und RGZ 139/112.

217) Ebenso Samper, S. 6 f.; Wolff, S. 8 f.

218) Vgl. oben Noten 141, 142.

219) Vgl. oben Note 217.

220) Vgl. auch unten Seite 117 f.

221) Vgl. ebenfalls oben Noten 141, 142, und Wachenfeld, ZZP 33/96, der allerdings für die abstrakt-

geben ist. Wenn auch diese Auswirkung in den materiell-rechtlichen Rechtsnormen ihren Grund hat, so kann dieser Umstand dennoch nicht verhindern, daß sie im Prozeßrecht in Erscheinung tritt (222). Somit muß sie als eine p r o - z e ß rechtliche Besonderheit angesprochen werden (223, 224), die die unterschiedliche Behandlung beider Fallgruppen bewirkt. Entsprechend des jeweils unterschiedlichen inneren Aufbaus der Fallgruppen nach ihren Voraussetzungen besteht daher auch keine Übereinstimmung in der Verfahrensausgestaltung. Der Einheitlichkeitsgrundsatz bezieht sich daher ausschließlich auf die Prozeßbeendigung, nicht aber auf den Prozeßablauf hinsichtlich der einzelnen Genossen.

notwendige Streitgenossenschaft die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung - von anderen Schriftstellern gefolgt - verneint.

- 222) "Der Prozeß lehnt sich an das materielle Recht an; alle Besonderheiten des Prozesses haben in einer Besonderheit der materiellen Streitsache ihren Grund" (Wolff, S. 7).
- 223) Ebenso Levetzow, S. 16 vor § 2; Hachenburg, S. 2; Wachenfeld, S. 47.
- 224) - was Fuhr, S. 3 zu II bestreitet.-
Klagen aber zwei von mehreren Teilhabern eines Rechtsverhältnisses des ersten Alternativtatbestandes des § 62 ZPO, so liegt eine "abstrakt-notwendige" Streitgenossenschaft vor, die ihre einzelnen Klagen - soweit im übrigen die anderen Rechtsteilhaber nicht gefolgt sind - n i c h t von vornherein scheitern läßt. Dies wäre aber bei der "konkret-notwendigen" Streitgenossenschaft unbedingt zu erwarten: Darin liegt eben die prozessual ungleiche Behandlung als die formellrechtliche Entsprechung zur materiell-rechtlichen Besonderheit dieses Rechtsverhältnisses. Ob man dabei die Zulassung der Einzelklage oder - umgekehrt betrachtet - gerade das Erfordernis des gemeinsamen Klagens als diese prozessuale Besonderheit bezeichnen will, bleibt gleichgültig, denn in jedem Falle liegt eine prozeßrechtlich ungleiche Behandlung der beiden Alternativfälle des § 62 ZPO.

§ 4: Der Grundsatz der Prozeßmehrheit hinsichtlich der einzelnen Genossen.

Dieses Ergebnis findet darin, daß der Rechtsstreit von notwendigen Streitgenossen als eine bloße Mehrheit (225) von Prozessen innerhalb eines einzigen, gemeinsamen Verfahrensganges (226) betrachtet wird, seine Grundlage und gleichzeitig seine Rechtfertigung (227). Denn jede

-
- 225) Vgl. Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 vor a; Goldschmidt, Prozeß S. 526; Hachenburg, S. 4; Hellwig, System S. 337, Anm. 4; Kisch, S. 10 f.; Kohler, S. 101 f.; Levetzow, S. 19, 47; Medicus, S. 3; RGZ 14/395; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 2; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V vor 1; Wachenfeld, S. 48 f.; Walsmann, S. 86 f.; Wolff, S. 35; Zimmermann, S. 22; a.A. Amelunxen, S. 8, 23, 55; Weismann, S. 71, 104.
- 226) Freilich steht auch hier zunächst diese Prozeßmehrheit dem Gedanken der Parteieninheit entgegen (-vgl. dazu im Ergebnis unten Note 1269-).
- 227) Dieses Ergebnis entspricht auch der h.M. (vgl. für viele: BayObLG SeuffArch. 47/Nr. 58; Hellwig, Lehrbuch II, § 69 I 2, § 156 I, System I, § 122 II, III, § 138 II 2, § 123 Anm. 3; Kisch, S. 10 f.; Walsmann, S. 86 f.; a.A. Goldschmidt, Prozeß, S. 145 II, 526 I, 529 III 1). Sowohl Hellwig, Lehrbuch III, § 159 III, und System I § 124/II, als auch Goldschmidt, Prozeß, S. 529 (dort Anm. 2819) ist aber insoweit nicht zu folgen (-mit Fuhr, S. 5; Samper, S. 6; Wolff, S. 8-), als sie eine Verbindung dieser Prozeßfigur mit der der Nebenintervention suchen und daraus den Grundsatz der Mehrheit der Prozesse (-bzw. bei Goldschmidt aaO. der "Prozeßlagen"-) herzuleiten versuchen: Hierbei wird das Widerspruchsrecht des Genossen der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft -das diesem als Nebenintervenienten aus § 69 ZPO zustände, wenn er nicht mitgeklagt hätte- jenen Rechten desselben -wenn dieser dennoch mitgeklagt hätte- im Prozeß gegenüber gestellt; der Genosse könne keine schwächere Stellung innehaben, wenn

Streitgenossenschaft (228) ist nichts als die Vereinigung mehrerer Einzelprozesse zu einem einzigen Prozeß, ohne aber deren Selbständigkeit zu berühren (229). Zu dieser

er Streitgenosse i s t (-durch Klage-) als
wenn er als Streitgenosse g i l t (-gemäß
§ 69 ZPO-).

Selbst wenn man diese Folgerungen noch auf sich beruhen lassen will, so müssen gegen ihre Grundlagen schon schwerwiegende Einwände erhoben werden: Denn es ist unerfindlich, was eine solche Gegenüberstellung des streitgenössischen Nebenintervenienten nur mit den notwendigen Streitgenossen des ersten Alternativtatbestandes für die Frage der gleichen oder ungleichen Behandlung der beiden Fallgruppen ergeben könnte. Wenn für diese umstrittene Behandlungsfrage jene Gedankengänge aus § 69 ZPO überhaupt eine Bedeutung haben können, dann doch nur als Vergleichspunkt - als "tertium comparationis"- zwischen den beiden Fällen des § 62 ZPO! Soll im Zuge einer derartigen Konstruktion die unterschiedliche Behandlung - wie sie auch Hellwig aaO. vertritt - nachgewiesen werden, so gelingt dies auf diesem Wege nur mit der Erkenntnis, bei der "abstrakt-notwendigen" Streitgenossenschaft bestehe die Möglichkeit einer Nebenintervention, bei der "konkret-notwendigen" Streitgenossenschaft hingegen nicht. Eine solche Überlegung wurde aber offensichtlich unterdrückt.

Daß nur bei dem ersten Alternativtatbestand des § 62 ZPO die Möglichkeit der Nebenintervention besteht, weil diese das Nichtmitklagen der anderen Genossen zuläßt - was bei dem zweiten Alternativtatbestand ja ausgeschlossen ist (vgl. oben Note 142)-, kann nicht geleugnet werden. Auf dieses die unterschiedliche Behandlung beider Fallgruppen unterstützende Argument verwiesen zu haben, ist unbestreitbar Hellwigs Leistung. Fraglich bleibt aber, ob bei einer solchen Lage der Nebenintervenient wirklich ein unbegrenztes Widerspruchsrecht hat. Nachdem dieses begrifflich das Verbot voraussetzt, daß die Handlung des einen den anderen weder bevor- noch benachteiligt, dieses Verbot aber wegen des Grundsatzes einheitlicher Sachentscheidung bei der notwendigen Streitgenossenschaft nicht streng durchgeführt werden kann, wird in diesem Rahmen ein mit dem aus § 69 ZPO fließenden Widerspruchsrecht vergleichbares Recht nicht bestehen können (-vgl. dazu auch unten S. 206 f.-).

- 228) - also mit der einfachen Streitgenossenschaft auch die hier behandelten! -
229) Vgl. für viele: Baumbach-Lauterbach, Übersicht

Ansicht nötigen Überlegungen, die sich auf die unabdingbare, der Institution des Einzelprozesses von der geltenden Prozeßordnung verliehene Vorrangstellung (230) stützen. Diese Mehrheit ergibt sich daher aus dem Wesen des Zivilprozesses und seiner Zweckrichtung, die strittige Rechtsfrage und ihre Lösung festzustellen, und wird von der Anzahl der diesen Rechtserfolg anstrebenden Prozeßsubjekte bestimmt (231). Sind bei Identität des Streitgegenstandes getrennte Prozesse möglich (232), so ist nicht ersichtlich, weshalb diese Möglichkeit der inhaltlichen Prozeßtrennung trotz eines äußerlich gemeinsamen Verfahrensablaufes fehlen sollte (233). Auch der Grundsatz einheitlicher Sachentscheidung vermag daran nichts zu

vor § 59 ZPO, Anm. 1; Wieczorek § 61 ZPO, Anm. A II, § 62 ZPO, Anm. B; RGZ 48/420.

Weil die ZPO nach ihrer Konzeption grundsätzlich vom Einzelprozeß ausgeht und eine gesamthandsähnliche Parteifigur nicht anerkennt (vgl. oben S. 51 f.), bleibt kein anderer Schluß als der auf die Aufrechterhaltung der Selbständigkeit dieser Prozesse. Die Vorschrift des § 61 ZPO bestätigt dies und bringt somit diese Gedanken als die des Gesetzgebers zum Ausdruck (-so auch Seuffert-Walshmann, § 62 ZPO Anm. 1 a.E.-).

- 230) Vgl. dazu oben Note 229 und unten Noten 231, 236, insbesondere S. 62 zu Note 239.
- 231) Vgl. Samper, S. 3, und Medicus, S. 4. Es kommt somit für diese Frage nicht entscheidend auf die Anzahl der Klagen, Anträge und Urteile an; denn die Mehrheit von Prozessen kann nur von der Anzahl der sie betreibenden Personen abhängig gemacht werden. Wollte man noch weitere Voraussetzungen fordern, so wäre ein Konflikt mit § 61 ZPO unvermeidlich. Der Einheitlichkeitsgrundsatz - der sich auf die Sachentscheidung beschränkt - drängt diese Vorschrift aber nur so weit zurück, als nicht jeder der selbständigen Prozesse mit einem eigenen Urteil endet, sondern diese mit einer einzigen zeitlich und inhaltlich gleichen Entscheidung abgeschlossen werden; vgl. hierzu oben Note 229 sowie Seite 41 f., a.A. teilweise Kisch, S. 10 f.
- 232) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 280 zu II/5.
- 233) Hier gilt das oben zu Note 229 Gesagte gleichermaßen.

ändern (234). Damit ist die rechtliche Selbständigkeit (235) auch des notwendigen Streitgenossen im grundsätzlichen gewahrt (236). Ihr entsprechend sind deshalb alle Genossen

- 234) Vgl. oben Note 231 und BayObLG SeuffArch. 47/Nr. 58.
- 235) - die dem Genossen der gemäß §§ 59, 60 ZPO genannten "einfachen" Streitgenossenschaft durch § 61 ZPO gewährt ist -
- 236) Dies bestimmt bereits § 61 ZPO. Dabei mag zwar die Stellung der Vorschriften der §§ 61, 62 ZPO im Gesetzestext zu der Vermutung führen, der Gesetzgeber habe durch die Einreihung des § 61 ZPO v o r der Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft derselben einen Ausnahmecharakter beilegen wollen, so daß die in § 61 ZPO getroffenen Bestimmungen als allgemeine Regel überhaupt nicht für die besondere Vorschrift des § 62 ZPO - die sich ja gleichfalls mit einer Unterart der Streitgenossenschaft beschäftigt - gelten solle. Unterstützt würde eine solche Ansicht noch durch die Einschränkung des Geltungsbereichs, die in § 61 ZPO selbst ausgesprochen ist, insoweit werden, als "nicht aus den Vorschriften dieses Gesetzes sich ein anderes ergibt" (§ 61 ZPO).
- Dieser Anschein trügt aber. Es ist richtig, daß die Stellung von Gesetzesnormen im Gesetzestext selbst Anhalt für eine Auslegung dahingehend bieten kann, ob eine Vorschrift eine Allgemein- oder aber eine Ausnahmeregelung enthält. Einer solchen Überlegung bedarf es jedoch im Falle des § 61 ZPO schon deshalb nicht, weil die dort ausgesprochene Einschränkung dessen Allgemeingeltung zu erkennen gibt: andernfalls wäre diese Einschränkung überflüssig. Auf Grund derselben aber kann für die notwendige Streitgenossenschaft allein nur die Vorschrift des § 62 ZPO in Frage kommen, "aus der sich ein anderes ergeben" könnte (ebenso Sitzler, S. 25): Sie aber gibt in der Tat nur im Rahmen der Notwendigkeit einheitlicher Sachentscheidung eine prozessuale Besonderheit, macht im übrigen jedoch auch für die notwendige Streitgenossenschaft k e i n e Ausnahme von dem Selbständigkeitsgrundsatz, und bestätigt somit - diesem Grundsatz entsprechend - die Annahme einer Mehrheit von Prozeßrechtsverhältnissen bei allen Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft. Denn nur unter dieser Voraussetzung eines Mehrheitsverhältnisses ist die "Erstreckungswirkung" - mithin die Wirkung einer Handlung eines Dritten für einen ihm fremden Rechtskreis - denkbar. Läge

grundsätzlich gesondert zu behandeln, so daß ihre Handlungen -aber wiederum nur grundsätzlich!- den anderen Genossen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen (237). Dieser Gedankengang ist frei von jeder schutzzweckbedingten Ausrichtung (238). Jedoch kann dieser Grundsatz nur soweit wirken, als die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung es nicht verlangt, diese Selbständigkeit der mehreren Prozesse teilweise einzuschränken (239, 240). Aus dem "Primat" des Einzel-

aber nur e i n Prozeßrechtsverhältnis vor, so wäre diese Regelung überhaupt nicht erforderlich (so im Ergebnis auch Samper, S. 3).

- 237) Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 2 a.E. -für viele- und andere zählen jene Rechtshandlungen auf, in denen die Genossen unabhängig voneinander sind und die aus diesem Grunde hier nicht interessieren, weil sie ja unproblematisch bleiben.
- 238) Vgl. hierüber unten S. 68.
- 239) Dann aber -nämlich bei der wegen der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung eingeschränkten Selbständigkeit aller notwendigen Streitgenossen- wäre doch die Schlußfolgerung auf eine tatsächliche und vollkommene Einheitlichkeit in jeder Beziehung in diesem Prozeß naheliegend: Soweit die besondere Forderung des Einheitlichkeitsgrundsatzes reicht, wäre die Entscheidung, der Verfahrensablauf, ja auch die Stellung aller Genossen als Partei und ihr Klagebegehren einheitlich aufzufassen. Dies bedeutete, daß auf der Kläger- bzw. Beklagtenseite nicht mehrere Streitgenossen als mehrere Parteien, sondern mehrere Personen als e i n e Partei, nicht mehrere Klagen der einzelnen Parteien, sondern nur e i n e Klage gegeben wäre. Das Gesetz hat aber in seiner Anordnung einer Erstreckungswirkung eine solche Betrachtung verhindert (-vgl. oben Note 236 a.E.-). Wenngleich die Regelung des § 62 ZPO keine abschließende Ordnung der notwendigen Streitgenossenschaft erkennen läßt, so zwingt andererseits der Obergrundsatz der Einheitlichkeit der Sachentscheidung n i c h t dazu, aus der Mehrheit der Prozesse nun e i - n e n einheitlichen Prozeß zu machen. Vgl. hierzu insbesondere unten Noten 242, 243.
- 240) Dies stellt somit eine echte Einschränkung des Grundsatzes der Mehrheit der Prozesse dar; vgl.

prozesses (241) muß aber gefolgert werden, daß jener Grundsatz jedenfalls die Mehrheitlichkeit der Prozesse - auch soweit sie nur bezüglich jenes Ausschnittes betrachtet wird, der nach Aufhebung der Selbständigkeit verbleibt - nicht zu beseitigen vermag: Nachdem das Gesetz selbst nicht derartige Folgerungen aus der Beschränkung der Selbständigkeit dieser Prozesse zieht (242), ist solches auch hier verwehrt. Es zeigt sich deshalb die ungewöhnliche Erscheinung (243), daß soweit die Forderung nach Einheitlichkeit der Sachentscheidung die ursprüngliche Selbständigkeit der mehreren Prozesse der Genossen beseitigt, d e n n o c h nicht die entsprechenden Folgerungen - nämlich auf die Einheitlichkeit des gesamten Prozesses! - gezogen werden dürfen (244).

auch unten Note 951.

241) Vgl. oben Note 229.

242) Da § 62 ZPO erkennen läßt, daß er in den prozessualen Rechtskreisen - eben dem von den anderen unabhängigen Prozeß jedes einzelnen Genossen - die Unterscheidung gemäß der jeweiligen Parteiperson aufrecht erhält und auf diese Weise die Konstruktion des vertretungsähnlichen Einwirkens der Prozeßhandlungen des erschienenen Genossen in den prozessualen Rechtskreis des nichterschiedenen erst ermöglicht, entfällt somit die Möglichkeit einer derartigen zur prozessualen Vereinheitlichung der Rechtskreise der Genossen führenden Überlegung; vgl. auch oben Noten 236 (a.E.), 239, und unten Note 244.

243) Dennoch ist dieser Umstand nicht allzu überraschend, wenn man sich vor Augen hält, daß beispielsweise auch bei der Gesamtschuldnerschaft nach §§ 420 f. BGB eine ähnliche Spaltungssituation zu erkennen ist: Obwohl grundsätzlich von der rechtlichen Selbständigkeit der Gesamtschuldner auszugehen ist (§ 425 BGB), gibt es auch dort Rechtslagen, die zu einer gemeinschaftlichen Anerkennung der Auswirkungen gegenüber a l l e n Gesamtschuldnern führen (§§ 422 - 424 BGB), - und dennoch beseitigt dies nicht im Ganzen gesehen die rechtliche Selbständigkeit des jeweiligen Gesamtschuldners (-was dann dort zur Verneinung einer notwendigen Streitgenossenschaft führt-).

244) Diese - gesetzlich gebotene! - regelwidrige Be-

Wie weit aber diese Aufhebung geht, ist das Hauptproblem bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft; aus seiner engen Verknüpfung mit dem Einheitlichkeitsgrundsatz zeigt sich, daß nur in dessen Tragweite der Schlüssel zur Lösung dieser Fragen gefunden werden kann.

2. Abschnitt; Begründung der eigenen Meinung.

Die Rechtsnatur der in § 62 ZPO geregelten prozessualen Verhältnisse hat sich als besonders eigenartig und auch kompliziert erwiesen. Ausgehend vom obersten Grundsatz der einheitlichen Sachentscheidung (245) wird vom Gesetz bei Termin- oder Fristversäumnis der ausgebliebene notwendige Streitgenosse als durch die übrigen nichtsäumigen Genossen "vertreten angesehen". Bei genauer Nachprüfung der über die hierin liegenden Konstruktionsmöglichkeiten entstandenen Theorien haben sich diese als unbrauchbar erwiesen (246), und führten nach folgerichtiger Durchführung zu einem Versagen in dem wichtigsten Anliegen der Gesetzesregelung, - nämlich die Einheitlichkeit der Entscheidung zu gewährleisten (247).

trachtungsweise stellt einen jener Gründe dar, weshalb in der notwendigen Streitgenossenschaft nach der deutschen ZPO nicht das gleiche Gebilde der "einheitlichen Streitpartei" wie in der österreichischen ZPO erblickt werden kann; vgl. auch oben S. 50 und unten Note 1269.

- 245) Vgl. oben Note 129.
- 246) Vgl. oben S. 23 - 36; wegen der Frage ihrer Zielsetzung bea. insbesondere S. 35.
- 247) Vgl. oben Note 129 und S. 9 f., 23 f.

Aber dieses unerfreuliche Ergebnis ist nicht zufällig: Denn die Grundsätze von der Mehrheit der Prozesse und der unterschiedlichen Verfahrensbehandlung beider Fallgruppen müssen scheinbar einen solchen Versuch, eine für alle Probleme einheitliche Konstruktion zu schaffen, scheitern lassen; hat doch die vorstehende Untersuchung offensichtlich ergeben, daß der Vorschrift des § 62 ZPO allzu verschiedene Rechtslagen unterstellt sind (248). Dennoch soll der Versuch einer Lösung hier noch nicht aufgegeben werden (249).

§ 1: Bedeutung des Verhandelns des erschienenen Genossen.

Auszugehen ist ohne Zweifel zunächst vom Wortlaut des § 62 ZPO (250). Wenn das Gesetz in dieser Bestimmung dem nichtsäumigen Genossen im Rahmen der notwendigen Streitgenossenschaft eine führende und schützende (251) Rolle zuweist (252), so handelt es sich dabei einfach

-
- 248) Ebenso im Ergebnis Seuffert-Walsmann § 62 ZPO, Anm. 3.
Daher wird bei der Untersuchung der Einzelprobleme auf eine etwaige unterschiedliche Behandlung stets verwiesen.
- 249) Vgl. zu seinem Ergebnis unten S. 105 f. und S. 274 f.
- 250) Vgl. hierzu unten S. 73.
- 251) Vgl. auch unten Noten 252, 264, 464, und Lent IthJ 90/72 zu 3.
- 252) So RGZ 157/37.

um die Tatsache, daß seinem prozessualen Verhalten (253) gewisse Wirkungen für den Prozeß des anderen säumigen kraft Gesetzes beigelegt werden (254). Damit kommt dem Verhandeln (255) des nichtsäumigen Genossen eine die - üblicherweise eintretenden - Säumnisfolgen aufhebende Bedeutung zu (256). Sie bezweckt (257), den Erlaß widersprechender Entscheidungen zu verhüten, weil nur so der Einheitlichkeitsgrundsatz beobachtet werden kann. Doch hätte sich dieses Ergebnis allerdings schon durch das Verbot (258) eines Versäumnisurteils gegen den säumigen Genossen schlechthin erreichen lassen (259). Dieser

- 253) Vgl. unten Note 278.
- 254) Vgl. Seuffert-Walsmann § 62 ZPO, Anm. 3, und Lent IhJ 90/70 zu 3. Nach Freudenthal-Sauerländer, § 62 ZPO, Anm. 1 a, liegt Sinn und Zweck dieser Regelung darin, daß die Prozeßhandlungen des tätigen Streitgenossen von dem säumigen - zur Verhütung widersprechender Entscheidungen über das ihnen gemeinschaftliche Rechtsverhältnis - die Folgen seiner Säumnis abwenden sollen. Ebenso auch Levetzow, S. 62.
- 255) Vgl. unten Note 278.
- 256) Vgl. Lent IhJ 90/71 zu II/1.
- 257) So RGZ 90/45.
- 258) Vgl. unten S. 226 f. zu § 2. Über die historischen Zusammenhänge hinsichtlich des ausdrücklichen Verbots des Versäumnisurteils im Entwurf der Prozeßordnung für den norddeutschen Bund und dem Kontumazialverbindungsurteil des französischen Prozeßrechts vgl. Zimmermann, S. 16 - 22, sowie Hachenburg, S. 13 - 32, und Lux, S. 3 - 24, die auch auf die gemeinrechtlichen Einflüsse eingehen; a.A. Kisch, S. 29 f.; Hellmann ZZP 17/11 f.
- 259) So auch RGZ 90/45; Stein-Jonas § 62 ZPO, Anm. IV. Daß die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm durch eine andere verhindert werden kann, entspricht einer nicht angreifbaren und üblichen Gesetzestechnik; vgl. z. B. § 618 IV ZPO.

Umstand, daß der Gesetzgeber dennoch nicht dieses sich anbietende Hilfsmittel gewählt hat, kann somit nicht unberücksichtigt bleiben. Vielmehr muß daraus gefolgert werden, daß er durch die Formulierung des § 62 ZPO mehr erreichen wollte, als durch ein solches Verbot des Versäumnisurteils ohnehin zu erreichen gewesen wäre. In beiden Fallgruppen muß nämlich "im Interesse des bürgerlichen Rechts, ... welches das in judicium geführte Rechtsverhältnis beherrscht ..., eine prozessualische Verbindung der mehreren Streitgenossen mit Notwendigkeit eintreten, damit nicht durch widersprechende Urteile über dieses Rechtsverhältnis unlösbare Verwicklungen herbeigeführt werden" (260). Die bloße Negation der Säumnis -ohne weitere Erklärung, wie sich der angeblich "nichtsäumige" Genosse im Prozeß eingelassen hat- des nichterschiedenen Genossen hätte allerdings nicht nur in dessen Prozeß den Erlaß eines Urteils verhindert, sondern auch im Prozeß der verhandlungsbereiten erschienenen Genossen (261). Ein solcher Erfolg ist jedoch deshalb nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen, weil damit der eigentliche Sinn und Zweck jeder Prozeßordnung -einer den jeweiligen Verhältnissen entsprechenden schnellen Streitentscheidung zu dienen- vereitelt wäre (262). Aber nicht nur das Tempo der Prozeßbeendigung, sogar diese selbst wäre durch eine fortwährende Säumnis eines der Genossen in Frage gestellt (263)!

260) Vgl. Hahn, S. 174.

261) So auch Hellwig, Lehrbuch III § 158 V vor 1, und hier unten Note 263.
Wenn auch darin eine gewisse "Gleichbehandlung" zu erblicken ist, so spricht dies dennoch nicht für einen solchen -hier abgelehnten- Grundsatz, weil nicht übersehen werden kann, daß die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung selbst bereits zu einer gleichartigen Behandlung führt, die lediglich das Prozeßergebnis betrifft, nicht aber den Prozeßablauf.

262) Vgl. oben Note 222.

263) So RGZ 90/45.

Deshalb kann in der Vorschrift des § 62 ZPO nicht allein eine zugunsten des Säumigen wirkende Schutzbestimmung (264) gesehen werden, sondern darüberhinaus eine die Interessen a u c h der übrigen Prozeßbeteiligten wahrende Regelung. Aus diesem Grunde wurde die Erstreckungswirkung -und nicht der Ausschluß des Versäumnisurteils- bestimmt (265). Schließlich könnte auch die Staatsautorität einen derartigen Mißbrauch ihrer allein der Rechtsverklärung - nicht jedoch einer Rechtshemmung - gewidmeten Organe der Rechtspflege nicht hinnehmen (266). Im ganzen betrachtet

264) Der Vorschrift des § 62 ZPO liegt ohne Zweifel ein Schutzgedanke a u c h zugrunde (-vgl. oben Note 88 und RGZ 90/45; 157/37; aber auch Fuhr, S. 13 zu dort § 5 I 1a; Hachenburg, S. 11; Levetzow, S. 57 f.; Sitzler, S. 47; Wachenfeld, S. 131; und viele andere-). In Anbetracht des Grundsatzes von der einheitlichen Sachentscheidung kann aber das Schutzbedürfnis des nichtsäumigen Genossen vor den ihn ebenfalls treffenden Säumnisfolgen, die sein nicht-erscheinender oder nichtverhandelnder Genosse auslösen würde, ebensowenig in Zweifel gezogen werden wie die Schutzwürdigkeit des Säumigen selbst vor seinen Säumnisfolgen. Dieser Differenz ist jedoch schon deshalb keine Bedeutung beizumessen, weil einleuchtet, daß dieser Schutzgedanke in Zweifelsfällen dem ihn überragenden Grundsatz der Notwendigkeit einheitlicher Sachentscheidung weichen muß (-ebenso Lent IthJ 90/72 zu 3-). Dennoch wäre es aber im übrigen nicht erforderlich, die einzelnen Handlungen des nichtsäumigen Genossen nach ihrer Günstigkeit oder Ungünstigkeit für die Rechtsstellung des säumigen zu unterscheiden (-so aber Wolff, S. 7 vor d-). Denn dieser Schutz ist nicht einseitig auf e i n e n der notwendigen Streitgenossen beschränkt, sondern umfaßt die säumigen gleichermaßen wie die nichtsäumigen Genossen: eine Wertung der einzelnen Handlungen ist ihm daher fremd (-so schon Hahn, S. 173 f.-). Nur insoweit kann also Wolff, S. 7 vor d, zugestimmt werden, wenn er im Gesetz jeden Anhalt für den Günstigkeitsgedanken vermißt. Im übrigen hat bereits RGZ 48/429 klar herausgestellt, welches mangelhaftes Kriterium die Frage nach der Günstigkeit darstellt. Vgl. auch unten S. 89 zu Note 345.

265) Ebenso RGZ 90/45.

266) So ausdrücklich OGH BrZ NJW 1950/597; auch RGZ

vermag jedoch die - keinesfalls gänzlich zu leugnende - Schutzqualität der Handlungen des erschienenen Genossen keinen Anhalt dazu abzugeben, wie nun diese Erstreckungswirkung des § 62 ZPO tatsächlich zu verstehen ist. Diese Erstreckungswirkung läßt sich aber - und deshalb ist die gesetzliche Formulierung endgültig **n i c h t** als lediglich auf den Ausschluß des Versäumnisurteils gerichtet zu betrachten - nicht dem bloßen "Verhandeln" des erschienenen Genossen entnehmen, sondern ist logischerweise daran geknüpft, daß auch den einzelnen Prozeßhandlungen desselben eine Wirkung für den Säumigen zugesprochen wird (267).

§ 2: Rechtsnatur des Verhandeln des erschienenen Genossen

- a) - bezogen auf die bloße Verhandlungssäumnis.

Wenn vorstehend (268) davon ausgegangen wird, daß die Handlungen des erschienenen Genossen zugleich auch für den säumigen wirken, so steht dieser Ansicht zunächst entgegen, daß grundsätzlich dieser genannte Rechts-

90/46 knüpft an den Gedanken des mutwilligen Verhaltens eines der Genossen an.
Wie jeder Mißbrauch verstößt auch der im oder durch den Prozeß gepflogene gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, die auf diesem Rechtsgebiet gleichermaßen Gültigkeit besitzen, vgl. Baumbach-Lauterbach, Einleitung III/6.

.267) Vgl. oben Note 254; so auch Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3.

268) Vgl. diese Seite oben.

erfolg nur dem Institut der Vertretung eigen ist. Es wäre zwar möglich, daß der Gesetzgeber an das bloße Abstraktum, überhaupt einer der Genossen sei erschienen und habe in seinem eigenen Interesse und in seinem eigenen Prozeß verhandelt, die Folgen der Regelung in § 62 ZPO anknüpfen und auf diese Weise eintreten lassen wollte. Dies könnte sich aus der Überlegung ergeben (269), die Bindung der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO habe allein zur Folge, daß ein Termin oder eine Frist durch einen nichterschienenen Genossen nicht **v e r s ä u m t** werde, wenn und soweit dieselben von einem anderen Genossen wahrgenommen würden: Nur der prozessuale Begriff der Säumnis - und deshalb mit ihm nicht zusätzlich irgendwelche andere materiellrechtliche Begriffe! - werde demnach in § 62 ZPO angesprochen und insoweit seiner gewöhnlichen Wirkungen beraubt bzw. besonderer Rechtsfolgen unterworfen; das Gesetz besage nur, daß die Säumnigen in bezug auf ihre prozessuale Säumnis, nicht aber in bezug auf Handlungen überhaupt - die an die Stelle dieser Säumnis hätten treten sollen - als vertreten anzusehen seien (270)!

An dieser Ansicht ist jedoch nur soviel richtig, als eine Säumnis dann nicht eintreten kann, wenn einer der Genossen eine Handlung unterläßt, die er vorzunehmen ohnehin nicht berechtigt gewesen wäre (271); - dies

-
- 269) Diese Ansicht vertritt in der Tat Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III c.
- 270) Darin klingt der Gedanke an die Theorie des Prozeßführungsrechts an; vgl. oben Seite 26, 27 und unten S. 73.
- 271) So bereits RG JW 1900/649-Nr. 6 (-offen gelassen aber noch von RG JW 1896/327-) und Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO Anm. 4 C vor a; Sydow-Busch, § 62 ZPO Anm. 4.
Insoweit kann darin noch kein Problem gesehen werden, wie Wieczorek (§ 62 ZPO, Anm. B III c) jedoch meint. Unverständlich ist, daß er seine

betrifft allerdings einen ganz anderen, hier nicht gegebenen Sachverhalt (272)! Entgegengehalten muß dem aber werden, daß eine Säumnis sehr wohl dann vorliegt, wenn der Genosse Handlungen unterläßt, zu denen er berechtigt und verpflichtet war, insbesondere nicht verhandelt oder überhaupt nicht erscheint (273). Wenn

Meinung von der Vertretungsbeschränkung auf die bloße Säumnis auf solche Handlungen stützt, die "gar keine Säumnisfolgen haben können, wenn sie nicht vorgenommen werden". Dies kann nicht angezweifelt werden, - gleichviel ob der Säumige zu jenen Handlungen berechtigt ist oder nicht. Wenn auch dies selbstverständlich ist, so wird die von Wieczorek daraus gezogene Schlußfolgerung hierdurch nicht verständlicher, - auch nicht durch seine Bezugnahme auf RGZ 46/415. Dort wird deutlich die Säumnis eines notwendigen Streitgenossen verneint, "wenn er etwas unterläßt, was er zu tun nicht berechtigt war". Eine Erstreckungswirkung könne hiernach nur bei solchen Prozeßhandlungen stattfinden, die der Vertretene auch selbst hätte vornehmen können, da eine diesem nicht zustehende Handlung nicht dadurch zulässig werden könne, daß ein anderer sie vornehme (RGZ aaO. und 37/396).

Wenngleich in dieser Entscheidung die Erstreckungswirkung im Gegensatz zur echten Vertretung nicht klar zum Ausdruck kommt, so liegt ihr doch der richtige Gedanke zugrunde, daß das Prozeßrecht nicht mehr vermag als die materiellrechtlichen Grenzen des Handelnden zulassen (-vgl. dazu unten Noten 307, 309, 311-). Daraus kann auch die von RGZ 37/396 aufgeworfene Frage beantwortet werden, ob die Erstreckungswirkung des § 59 CPO (-§ 62 ZPO-) so zu verstehen sei, daß die nichtsäumigen Genossen auch die Sonderrechte der säumigen in deren Vertretung ausüben könnten oder aber in dieser Ausübung dahingehend beschränkt seien, daß ihre Prozeßhandlungen - die sie für sich vornehmen können und auch vornehmen - lediglich zur Herbeiführung der Entscheidungseinheitlichkeit ebenfalls für die Säumigen wirken: Nur die dem Einheitlichkeitsgrundsatz entsprechende Alternative kann die richtige sein; die andere würde voraussetzen, daß in § 62 ZPO eine eigene Vertretungsmacht des Säumigen für den Nichtsäumigen herauszulesen sei (-vgl. oben S. 69 und Note 274-).

272) Vgl. hinsichtlich dieses Problems unten S. 99 zu Note 394.

273) Vgl. § 333 ZPO.

auch richtig ist, daß aus dem Gesetz auf eine Vertretungsmacht des Nichtsäumigen für den Säumigen nicht geschlossen werden kann (274), so muß es andererseits als zu eng erscheinen, wollte man die Gesetzesregelung nur als auf die Säumnis selbst bezogen ansehen (275). Konsequenterweise müßte dies zu der Meinung führen (276), daß das Gesetz eben nicht sage, die Säumigen seien in Bezug auf Handlungen als vertreten anzusehen, - und aus diesem Grunde seien nicht nur z.B. Verzichtserklärungen (-d.h. Handlungen von höchst umstrittenem Charakter-), sondern sogar die reinen Prozeßhandlungen (277) des Nichtsäumigen insoweit irrelevant!

b) - bezogen auf den eigentlichen Verhandlungsinhalt.

Richtigerweise wird man aber den sachlichen Inhalt der vom erschienenen Genossen vorgenommenen Handlungen (278) zum Anknüpfungspunkt wählen und diesen als Gegenstand der Erstreckungswirkung ansehen müssen, weil folgende Überlegungen dazu führen:

-
- 274) Vgl. Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IIIc; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3b; a.A. Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV; vgl. im übrigen oben S. 10.
- 275) -wie es Wieczorek (§ 62 ZPO, Anm. B IIIc) tat-
- 276) Vgl. oben Note 269.
- 277) Vgl. aber unten S. 175 f.
- 278) -genauer gesagt müßte hier von dem prozessualen Verhalten des erschienenen Genossen gesprochen werden, weil sein Auftreten im Prozeß nicht allein in einem aktiven Tätigwerden bei der Abgabe von Erklärungen bestehen kann, sondern auch sein passives Entgegennehmen der gegnerischen Erklärungen berücksichtigt werden muß (-vgl. auch Sitzler, S. 24 zu Note 4; Levetzow, S. 63, und im übrigen oben S. 66 zu Note 253 sowie unten S. 85 zu Note 331)! Aber auch dies kann hier unter dem Begriff "Handeln" im weitesten Sinne gefaßt werden, weil

aa) Wort- und zweckbedingte Auslegung.

Wörtlich genommen (279) enthält wohl die Vorschrift des § 62 ZPO keine solche Aussage, wie oben (280) angedeutet. Nachdem aber aus der Prozeßordnung (281) klar und ohne die geringsten Auslegungsversuche hervorgeht, daß auch der erschienene Genosse "säumig" im Sinne des Gesetzes werden kann, wenn er nicht zur Sache verhandelt, und d a r a n die Säumnisfolgen geknüpft sind, bedeutet dies zwangsläufig für die Auslegung des § 62 ZPO - der gerade diese Säumnisfolgen ausschließen will (282) -, daß er den Säumigen sowohl in seinem - fehlenden - Erscheinen als auch in seinem - fehlenden - Verhandeln für "vertreten angesehen" wissen will. Andernfalls würden diese Überlegungen, die diese Erstreckungswirkung als ein Abstraktum behandeln, nur noch darauf hinauslaufen kön-

es lediglich das Pendant zu seinem Unterbegriff "Tätigwerden" darstellt (vgl. unten Noten 729, 899). Diese Unterteilung ist im folgenden zu beachten, wenn von "Handlungen" des erschienenen Genossen die Rede ist. (Vgl. dazu - wenn auch in der Begründung zweifelhaft - RG JW 1905/727, obgleich dem Ergebnis - vgl. dazu unten Note 1220 - zu folgen ist; ebenso Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B II b, B III a 3.)

Schon aus diesem Grunde kann der Meinung nicht beigetreten werden, wonach "vom Prozeßgegner ... eine Prozeßhandlung gegenüber einem Streitgenossen nicht mit rechtlicher Wirksamkeit gegen die übrigen vorgenommen werden" kann (so Sydow-Busch, § 62 ZPO, Anm. 4; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 5 u.a.).

- 279) Bei der Auslegung der einzelnen Prozeßvorschriften kann ohnehin nicht allein der Wortlaut des Gesetzes entscheiden, weil die ZPO kaum einen Fachausdruck eindeutig und auch einheitlich verwendet (so Baumbach-Lauterbach, Einleitung III/5 b).
- 280) Vgl. oben S. 72 vor b und zu Note 276.
- 281) Vgl. oben Note 273.
- 282) Vgl. oben S. 65.

nen (283), daß der säumige Genosse gemäß § 62 ZPO zwar als nichtsäumig und verhandelnd angesehen werden muß, sein Verhandeln aber inhaltslos (!) geblieben wäre: - ein schwierig zu begreifendes Ergebnis, das ohne Beispiel dastünde! Dem Verhandeln des erschienenen Genossen würde damit einmal für dessen eigenen Prozeß ohne weiteres große Bedeutung beizumessen sein, während zum anderen das Gesetz dazu zwingen würde, demselben Vorgang für den Prozeß des Säumigen überhaupt jeglichen Inhalt abzusprechen: Gibt es denn ein "inhaltsloses Verhandeln" (284)? - Ein geradezu absurdes Ergebnis (285)! Aber erst wenn der ursprüngliche Gedanke bis zu diesem Extrem durchgedacht ist, zeigt sich die Unhaltbarkeit seines Ausgangspunktes.

bb) Logische (286) Auslegung.

Schon aus diesem vorgenannten Grunde wird von der Forderung nicht abgegangen werden können, daß es der Gesetzgeber mit der textlichen Redaktion dieser Bestimmung schon hätte genauer nehmen müssen, wenn er tatsächlich ein derartiges Ziel verfolgt hätte. Jedoch davon abgesehen, daß seine Wahl einer vertretungsähnlichen Figur den

-
- 283) - als logische Folgerung ergibt sich dies aus der kontradiktorischen Natur des Urteils, das auf die Verhandlung mit dem nichtsäumigen Genossen hin ergehen muß; vgl. auch unten Note 288 -
- 284) "Ein inhaltsloses Verhandeln kennt das Prozeßrecht nicht" (so Hellmann ZZP 17/12 f.).
- 285) Vgl. oben S. 27. - Diese Ansicht vertritt offensichtlich auch Hachenburg, S. 11 f., 25 f., 50 f.
- 286) Die Auslegung von Gegenständen, die der wissenschaftlichen Erkenntnis dienen können, anhand der Gesetze der Logik sollte nicht in Frage gestellt

dargelegten Gedankengang überhaupt abwegig erscheinen läßt, muß schließlich die auch den Säumigen ergreifende Urteilstwirkung - soweit eine Entscheidung auf Grund der Verhandlung mit dem erschienenen Genossen gefällt wurde - dazu führen, diesen säumigen Genossen als inhaltlich-sachlich verhandelnd anzusehen (287). Denn nachdem ein auf das Verhandeln des nichtsäumigen Genossen hin ergehendes Urteil durch den Ausschluß der Säumniswirkung notgedrungen auch gegenüber dem Säumigen als ein kontradiktorisches Urteil zu betrachten ist (288), kann davon ausgegangen werden, daß die Rechtsbindung des säumigen an das vom erschienenen Genossen erstrittene Urteil erst hierdurch ihren inneren Grund und ihre Rechtfertigung in dem streitgemäßen Verhandeln der Prozeßbeteiligten findet (289) - und sei es auch ein Verhandeln, das kraft

werden. Dennoch hat der BGH (NJW 1957/537; NJW 1959/1683) u.a. in der dort behandelten Streitfrage logische Gründe nicht gelten lassen. Wenn bei den hier besprochenen Problemen trotzdem auch dieser Maßstab angelegt wird, so aus einer Überlegung, die mit der dortigen keinen Kompromiß schließen kann: Denn "was aus rechtlichen Gründen möglich ist, verstößt in aller Regel nicht gegen die Logik und umgekehrt, was logisch notwendig ist, muß auch im Recht Berücksichtigung finden" (Schwab, Lent-Festschrift, S. 274 a.E.).

287) - so auch Lent IhJ 90/70 zu 3 -

288) Das auf die Verhandlung auch nur e i n e s Genossen hin ergehende Urteil ist immer ein kontradiktorisches - streitmäßiges -, weil die einzige Alternative, die demgegenüber denkbar wäre, das Versäumnisurteil darstellt: Dieses setzt aber die Säumnis eines der notwendigen Streitgenossen voraus, die aber kraft § 62 ZPO nicht eintreten kann.

Vgl. hierzu:

Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 B; Hahn, S. 174; RG JW 1898/259-Nr. 7; RGZ 39/412, 90/42; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3 vor c; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3a; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4a; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IV a 2.

289) Diese Bindung der Partei an die Entscheidung des

gesetzlicher Anordnung von anderen Personen vorgenommen und in seiner Auswirkung auf den säumigen Genossen erstreckt wird.

§ 3: Inhaltsabgrenzung des Verhandelns des erschienenen Genossen.

Das Eigenartige der gesetzlichen Regelung über diese Wirkungserstreckung ist aber das Fehlen einer genauen und ausdrücklichen Abgrenzung (290). Das Gesetz begnügt sich nämlich mit der bloßen Anordnung dieser Erstreckungswirkung bei Versäumung eines Termins oder einer Frist durch einen der notwendigen Streitgenossen und überläßt damit alles weitere der Ableitung aus dem Satz der notwendig-einheitlichen Sachentscheidung (291). Daß allein mit dieser Regelung die Auswirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft hinsichtlich des Einheitlichkeits-

Richters hängt begriffsnotwendig mit dem rechtsstaatlichen Grundrecht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG zusammen, denn nur wenn es gewährleistet wird, ist die Unterwerfung des privaten Rechtsverhältnisses unter den staatlichen Schlichtungsspruch zu billigen. Deshalb ist das rechtliche Gehör als ein Eckpfeiler des gesamten Zivilprozeßrechts zu bezeichnen und besteht in der Gewährung der Gelegenheit zur sachlichen Äußerung (vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 4): Diesem Erfordernis muß auch die "Erstreckungswirkung" aus § 62 ZPO genügen, weil dafür die Erwägung spricht, daß im Regelfalle die Interessen der Streitgenossen gleichlaufend sein und die nicht-säumigen Genossen daher auch die Interessen der säumigen genügend wahren werden (so RGZ 90/42).

290) Vgl. Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3, sowie oben S. 23 f. und Note 107.

291) Bull, ZMR 1953/271(303), dort zu I, verweist auf die ähnlich merkwürdige Situation des Versagens jeglicher näheren Regelung durch den Gesetzgeber bei der Durchführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes nach Art. 3 GG. Daß aber in diesem Versagen zumindest hier nicht eine Gesetzeslücke erblickt werden kann, weist die Arbeit unten S. 79 zu Note 304 nach.

grundsatzes nicht erschöpft sind, bedarf nach dem bisher Erörterten keiner näheren Darlegung mehr (292). Das Problem ist folglich darin zu erblicken, daß Prozeßereignisse - die nur in der Person eines der notwendigen Streitgenossen bzw. nur diesem gegenüber eingetreten sind - durch das Medium des allen gegenüber ergehenden Urteils auch im Verhältnis zu den anderen Genossen Wirkungen äußern können (293). Dies ist eindeutig aus dem vom Gesetz gewählten Vertretungsausdruck zu entnehmen. Daß aber keine Vertretung im bürgerlich-rechtlichen Sinn vorliegt, hat die Arbeit -abgesehen von der zweckbedingten Zusammenordnung von prozessualem und materiellem Recht (294) - bereits aus anderen Gründen nachgewiesen (295): In § 62 ZPO kann daher nicht die Begründung einer Vertretungsmacht angenommen werden (296). Dies bedeutet, daß der Wille des Erschienenen, mit oder ohne Einwirkung auf den Rechtskreis seines ausgebliebenen Genossen tätig zu sein, ohne jede rechtliche Bedeutung bleiben muß (297).

-
- 292) So Nikisch, § 110 III/1 (dort S. 440).
- 293) Ebenso Rosenberg, Lehrbuch § 95 III/3 vor a; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. I und IV vor 1; Goldschmidt Prozeß, S. 531 (dort Anm. 2822); und unten S. 108 f. zu Note 428 sowie S. 101 zu Note 406.
- 294) Ebenso Blomeyer AcP 159/405, der von der "Mode" spricht, "über die 'Eigenständigkeit' des Prozeßrechts dessen funktionelle Abhängigkeit vom materiellen Recht zu ignorieren". (Er übersieht dabei jedoch, daß mit dieser allgemeinen Feststellung allein noch keine wissenschaftliche Begründung gegeben werden kann, die sich zur Bekämpfung von unbequemen -weil gegenteiligen- Ansichten eignet!) Vgl. als Beispiele für die Ausrichtung prozeßrechtlicher Ergebnisse nach dem materiellen Recht oben Noten 144, 159, 160 und S. 56.
- 295) Vgl. hierzu oben S. 15.
- 296) Vgl. oben Note 274.
- 297) -eine ganz bedeutsame Feststellung! Vgl. gerade hierzu Lent IhJ 90/71 vor II sowie unten S. 82, 95 und S. 148 f.

- a) Die Konstruktion des Umfangs der Erstreckungswirkung unter dem Einfluß des materiellen Rechts.

Da die Prozeßordnung nicht einem materiell-rechtlich belanglosen und lediglich auf ihren eigenen Rahmen beschränkten Selbstzweck (298) dient, ist daraus zu folgern, daß die Inhaltsabgrenzung des Verhandelns erscheinener Genossen nicht abweichend vom materiellen Recht konstruiert sein kann: Damit ist eine vielmehr mit dem materiellen Recht übereinstimmende Lösung bereits vorgezeichnet. Das Problem der Arbeit besteht somit an dieser Stelle in der Frage nach der Anpassung beider Rechtsmaterien. Denn wenn dennoch die Handlungen (299) des Nichtsäumigen in diesen Rechtskreis des Säumigen hineinwirken (300) -indem sie als von dort herrührend gelten sollen-, so ist dies -weil außer der keinesfalls vorliegenden Stellvertretung keine andere rechtlich bekannte Institution mit ähnlichen Wirkungen vorhanden ist- in der Tat ein Nebenerfolg, den diese Handlungen des "fleißigen" Genossen ergeben. Deshalb spricht hier im folgenden die Arbeit von ihr -im bewußten Gegensatz zu dem von der h.M. gebrauchten Vertretungsbegriff- als "Erstreckungswirkung" (301). Da allerdings

-
- 298) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Einleitung III, Anm. 4 A (a.E.).
- 299) Vgl. oben Note 278.
- 300) -aber wohlgemerkt nur durch das Medium des Urteils, d.h. nicht vorher (vgl. unten S. 100 zu § 6)-
- 301) Hiermit kann klargestellt werden, daß diese Konstruktion ein einmaliges und eigenartiges Gebilde darstellt, das mit anderen bekannten Rechtsfiguren nichts gemein hat. Wenn es auch den Anschein hat, als ob eine echte Vertretung vorläge, kann nicht geleugnet werden, daß dies n i c h t der Fall ist. Durch die Bezeichnung "fiktive Vertretung" oder etwa "Quasivertretung" würde nach Ansicht der Arbeit dies nicht zum Ausdruck kommen, weil weder die Wirkungsweise noch der Wirkungsumfang des § 62 ZPO damit gekennzeichnet wären.

ein solcher Nebenerfolg einer Rechtshandlung (302) nicht von selbst eintreten kann, bedurfte es seiner besonderen Anordnung, die das Gesetz durch das technische Hilfsmittel der Fiktion tatsächlich ausgesprochen hat. Gemäß der Zweckbestimmung der Prozeßordnung zur Verwirklichung des sachlichen Rechts (303) kann dieser Anordnung sogar eine wesens- und herkunftsmäßig bedingte Abgrenzung ihrer Gültigkeit nicht abgesprochen werden, so daß das Fehlen einer ausdrücklichen Abgrenzung nicht zwangsläufig als ein Mangel erscheinen muß (304): Einer Rechtshandlung kommt nämlich nur insoweit Gültigkeit zu, als sie mit der materiellen Rechtslage in Einklang steht. Diese lapidare Erkenntnis kann die vom erschienenen Genossen während der Termins- und Fristversäumnis des anderen Genossen vorgenommenen Handlungen nicht ausnehmen. Deshalb kann hier schon festgestellt werden, daß die Handlung eines nicht-säumigen notwendigen Streitgenossen unmittelbar auf Grund des § 62 ZPO dann zu binden vermag (305), wenn sich deren

302) Vgl. oben Note 278.

303) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Einleitung III 2A, ZPO.

304) Denn nach dem folgenden ergibt sich diese Abgrenzung von selbst aus der Natur der Sache (- sie kann daher lediglich als erwünscht, aber nicht als unbedingt erforderlich erscheinen -)! Auch Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3, gehen davon aus, daß die Abgrenzung von dem Grundgedanken des § 62 ZPO -der Ermöglichung der einheitlichen Entscheidung- bestimmt wird. Dennoch wird damit nicht den Klagen über die Unzulänglichkeit der Regelung, die § 62 ZPO bringen will, der Boden entzogen, weil nämlich der erst durch schwierige Auslegung zu ermittelnde Inhalt eines Rechtssatzes niemals den Bedürfnissen der Rechtsanwendung -und damit der eigentlichen Zweckbestimmung allen Rechts- voll gerecht werden kann.

305) -gemeint ist hier zunächst die Bindung dieser Handlung an die unbeeinflussbare Erstreckungswirkung des § 62 ZPO (vgl. unten S. 96 f.) und sodann die Bindung des säumigen Genossen an diese über das Medium des gemeinsamen Urteils (vgl. unten S. 100 zu § 6)-

Wirkung ausschließlich auf der prozeßrechtlichen Ebene bemerkbar macht (306, 307). Sobald aber diese Wirkung zufällig gleichzeitig in das materielle Recht hinübergreift (308), muß wegen der Abhängigkeit des Prozeßrechts von demselben die Handlung nach jenen Gesichtspunkten überprüft werden (309): Aus § 62 ZPO allein kann sie nicht für wirksam (310) gehalten werden (311).

-
- 306) Dies umschreiben Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a, mit dem Hinweis, daß nicht der ganze Prozeßbetrieb des tätigen Streitgenossen für den säumigen wirksam werde, sondern diese Wirkung auf eine bestimmte Gruppe von Handlungen beschränkt sei (vgl. aaO. Anm. 4a/bb).
- 307) Insoweit käme diese Auslegung wieder an das Ergebnis der Theorie vom Prozeßführungsrecht nahe (vgl. oben S. 25 f.) heran; vgl. oben zu Noten 285, 270. Dies ist jedoch nicht zutreffend, weil -wie im folgenden nachgewiesen wird- Modifizierungen hinzutreten, die -wie etwa die Frage der Einflußnahme auf den Eintritt der Erstreckungswirkung (unten S. 95 f.)- dieser vorgenannten Theorie fremd sind.
- 308) Vgl. gerade hierzu unten S. 180 f.
- 309) Selbst bei früheren Versuchen einer Regelung dieser Materie ist diese Grenze des Prozeßrechts erkannt worden. So gaben die Motive zur Preußischen Prozeßordnung (S. 32) ausdrücklich zu erkennen, daß die entsprechenden Vorschriften nur besagten, die Prozeßfigur dieser Streitgenossenschaft sei ohne Einfluß auf die nach dem materiellen Recht den einzelnen Genossen oder gegen diese den Gegnern zustehenden rechtlichen Möglichkeiten; diese seien als dem materiellen Recht angehörig im Entwurf nicht entschieden worden. Dennoch muß hier zweifelhaft bleiben, ob dieser Fragestellung zu folgen ist (vgl. unten Note 777).
- 310) Offen bleibt hier aber noch, ob es sich bei dieser Fragestellung um die prozessual- oder materiell-rechtliche Wirksamkeit handelt; vgl. insoweit auch unten S. 180 f., denn das Problem ist hier solange nicht präzisiert, als nicht die Frage nach der sogenannten Doppelnatur einer solchen Handlung des erschienenen Genossen erörtert wurde.
- 311) "Was das materielle Recht nicht zuläßt, darf auch nicht auf dem Umwege eines prozessualen Gebildes

b) Gegenstand der "Erstreckungswirkung".

Mit dieser Feststellung darf sich die Arbeit jedoch nicht begnügen, obwohl die Lehre im Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Prüfung im allgemeinen lediglich auf eine Verfügungsbefugnis des nichtsäumigen Streitgenossen abstellt (312). Dies wäre unzureichend, weil die Prozeßführung des erschienenen als Ganzes schlechthin Rechtshandlungen im weitesten Sinne (313) und aller Art enthalten kann; diese lassen sich aber nicht immer unter den Begriff der "Verfügung" (314) einordnen. Die rechtlichen Möglichkeiten des Umganges mit Rechten und Rechtspositionen erschöpfen sich eben nicht in der bloßen Aufhebung, Änderung oder Übertragung derselben. Vielmehr nimmt gerade ihre Begründung, Verwaltung, Erhaltung und Stärkung usw. einen großen Anteil bei einer solchen Interessenwahrung ein, die diese Rechte zum Gegenstand hat (315). Nachdem aber das Problem der notwendigen Streitgenossenschaft darin liegt, daß dem säumigen Genossen alle jene Handlungen irgendwie zuzurechnen sind, die während seiner Termins- und Fristversäumnis sowohl von

(-hier der notwendigen Streitgenossenschaft-) herbeigeführt werden" (Wolff, S. 7 vor d), denn § 62 ZPO will "nicht in das materielle Recht eingreifen, ... (sondern ist) lediglich eine Vorschrift für den Prozeß" (Levetzow, S. 16 zu § 2; ebenso Hachenburg, S. 2; Wachenfeld, S. 47).

- 312) So -für viele- Warneyer ZPO, § 62 Anm. II; Meyer-Hirschmann, § 62 ZPO, Anm. 4; Schönke-Schröder-Niese, § 26 V 2a; RG JW 1902/162; OLG Neustadt NJW 1953/1266.
- 313) Vgl. Palandt-Danckelmann, Überblick vor § 104 BGB, Anm. 5 f.; bea. auch unten Note 326.
- 314) Vgl. Palandt-Danckelmann, Überblick vor § 104 BGB, Anm. 3d; bea. auch oben Note 310.
- 315) Vgl. in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Prozeßführung unten S. 121 (a.E.) zu Note 490.

dem nichtsäumigen Genossen selbst als auch diesem gegenüber vom Prozeßgegner vorgenommen wurden - und zwar in einer Weise zuzurechnen sind, ohne damit gegen das materielle Recht zu verstoßen -, scheint in der Tat die Anwendung des § 62 ZPO dennoch auf die Frage nach dem Umfang der "Vertretungsmacht" des Nichtsäumigen hinauszulaufen (316).

aa) Ausschluß des echten Vertretungsdenkens.

Wird jedoch dieser Gedankengang bis zu seinem Ende durchgedacht, so zeigt sich, daß er unrichtig ist. Besteht nämlich eine Vertretungsmacht -sei sie rechtsgeschäftlicher, sei sie gesetzlicher Natur-, so liegt der Tatbestand des § 62 ZPO nicht vor: Der ausgebliebene Genosse ist zwar "nicht erschienen", könnte aber wegen dieser "Vertretungsmacht" nicht als "säumig" bezeichnet werden. Damit fehlt es an der grundlegenden Tatbestandsvoraussetzung -der "Säumnis"- des § 62 ZPO (317). Liegt aber eine Vertretungsmacht nicht vor (318), so wäre es von vornherein als erfolglos zu bezeichnen, auf den Umweg einer - welcher?! - Vertretungsmacht abzustellen (319): Weil sie also demnach niemals vorliegen kann, müßte hieraus gefolgert werden, daß die Handlungen des nichtsäumigen Genossen zwangsläufig ohne jeden sachlich-rechtlichen Erfolg bleiben müßten (320). Ohne auf die weiteren -begründeten- Einwände hiergegen

-
- 316) -so am deutlichsten von Samper, S. 13, und wohl auch von Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV vor 1 und V 4, ausgesprochen-
- 317) Vgl. oben Note 79.
- 318) Vgl. oben Noten 274, 120.
- 319) Insoweit ist Lent I hJ 90/71 vor II mißverständlich, wenn er meint, es werde durch § 62 ZPO "nicht bloße Vertretung ... fingiert, sondern Vertretung mit Vertretungsmacht"; eindeutig a.A. Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III/c und /d.
- 320) Vgl. hierzu oben S. 69 zu § 2a.

einzuwenden, ist aber mit Nachdruck auf den damit geschaffenen Widerspruch hinzuweisen, der die Fragwürdigkeit der obigen Ausgangsstellung (321) aufdeckt: Wie kann denn vernünftigerweise die Anwendung des § 62 ZPO auf die Frage nach dem Umfange der Vertretungsmacht und insoweit auch auf die Überprüfung der im Prozeß vom Nichtsäumnigen vorgenommenen "Handlungen" (322) nach dem materiellen Recht hinauslaufen, wenn nach diesem materiellen Recht irgendein sachlicher Erfolg überhaupt nicht einträte?

bb) Unterscheidung von Verfügungs- und Verwaltungstätigkeit.

Der Irrtum der vorstehend geschilderten Überlegung liegt eben darin, daß sie die Unterscheidungsmöglichkeiten der Rechtshandlungen (323) nicht ausschöpft und so deren von einander abweichende Rechtsnaturen unberücksichtigt läßt. Denn es ist daran festzuhalten, daß nur *V e r f ü g u n - g e n* im formellen Sinne (324) eine Vertretungsmacht des Verfügenden voraussetzen, falls sie auch für und wider andere Personen wirken sollen. Dieser Umstand ist dadurch zu erklären, daß derartige Handlungen die jeweiligen Rechtspositionen der anderen Mitbeteiligten unmittelbar in ihrem *B e s t a n d e* berühren. Daß die Mitbeteiligten auf eine solche Tätigkeit des anderen einen rechtlichen Einfluß haben müssen, ist daher zwar verständlich, aber nicht stets zu verlangen: Wird einer von ihnen in einer Weise tätig (325),

321) Vgl. oben zu Note 316.

322) Vgl. oben Note 278.

323) Vgl. oben Note 313.

324) Vgl. oben Note 314.

325) Vgl. oben Note 278.

die ihre gemeinsamen rechtlich geschützten Interessen zwar berührt, aber dieselben in ihrer Existenz unangetastet läßt, so ergeben sich - wenigstens im Grundsätzlichen - keine Bedenken dagegen, daß sie als rechtsgültig - d.h. mit Wirkung gegenüber den übrigen (untätigen) Mitbeteiligten - vorgenommen zu betrachten sind, ohne eine besondere Bevollmächtigung des Handelnden hierfür vorauszusetzen. Darin zeigt sich der Unterschied der allgemeinen Verwaltungstätigkeit von der Verfügungstätigkeit (326); daß er besteht, ist anerkannt (327).

Unabhängig davon bleibt jedoch festzustellen, daß die Überlegungen materiellrechtlicher Art nur diesen materiellrechtlichen Bereich zu betreffen geeignet sind (328). Weil die im Prozeß vorgenommene Handlung des nichtsäumigen Genossen einer dieser beiden Tätigkeitsarten zugehören kann, ist sie jedoch durch die Vorschrift des § 62 ZPO auch nicht etwa nur dann für den säumigen vorgenommen zu betrachten, wenn sie **k e i n e** Verfügung darstellt (329). **D a r a u f** läuft also die bei der Anwendung des § 62 ZPO erforderliche sach-

-
- 326) Vgl. zu diesem Begriff der Verwaltungstätigkeit Hellwig, Lehrbuch III, S. 119 (dort Anm. 1) und Lehrbuch I, S. 320, sowie Lux, S. 33 (dort zu Anm. 3) und unten Note 490.
- 327) Vgl. z.B. § 6 Abs. I KO, der ausdrücklich von dieser Unterscheidung spricht; bea. auch Hellwig, System I, S. 162 II 2a und hier oben Note 313.
- 328) Vgl. dazu unten S. 182 f.
- 329) Das Entscheidende liegt nämlich darin, daß das Verwaltungshandeln - ohne einer Vertretungsmacht als Vorbedingung! - sowohl für und wider den tätigen Rechtsbeteiligten als auch den untätigen Rechtsbeteiligten wirken kann, weil das gemeinsame Rechtsverhältnis nur berührt, aber weder verändert noch übertragen oder aufgehoben wird: Die Vertretungsbefugnis ist deshalb überflüssig, weil die Verwaltung ihre Grenze in der Verfügung findet (so Palandt-Gramm, § 744 BGB, Anm. 1 a.E. und § 709 BGB, Anm. 1 a.E. sowie Vorbemerkung zu

lich-rechtliche Prüfung n i c h t hinaus. Vielmehr kommt es für die hier eingeschlagene Lösungsrichtung allein auf die prozessuale Seite der Parteihandlung des erschienenen Genossen an: Da sich das Prozeßrecht mit den von ihm zugelassenen Rechtserfolgen nicht außerhalb der vom materiellen Recht geprägten sachlich-rechtlichen Ordnung begeben kann (330), bleibt als einzige Schlußfolgerung die Erstreckung der vom erschienenen Genossen vorgenommenen Handlung auf den säumigen nur insoweit, als diese prozessualen Charakter trägt (331).

Dieses Ergebnis ist von der materiellen Rechtsordnung "erlaubt", d.h. anerkannt, indem es durch die Befugnis zum "Verwaltungshandeln" gedeckt wird (332): Auf diesem engen Rahmen ist die Bedeutung dieser Unterscheidung beschränkt (333).

Lediglich klarstellend ist hierbei auf die Tatsache hinzuweisen, daß diese Überlegungen gleichermaßen und unabhängig davon Geltung haben, welcher der beiden Unterarten des Handlungsbegriffes (334) vorliegt: Gleichgültig, ob das prozessuale Verhalten des erschienenen Genossen in dessen eigenem Tätigwerden durch Abgabe von Erklärungen oder aber in dessen Untätigkeit durch Entgegennahme von Erklärungen des Gegners besteht, werden die Wir-

§ 709 BGB, Anm. 4c, und § 705 BGB, Anm. 7 c). Vgl. auch unten Note 490.

330) Vgl. oben Note 311.

331) Vgl. dazu aber auch unten S. 181 zu Note 777.

332) Vgl. oben Note 294 und unten Noten 490, 789.

333) Vgl. auch unten S. 185 zu Note 788.

334) Vgl. oben Note 278.

kungen dieses Verhaltens des erschienenen Genossen dem Rechtskreis des säumigen Genossen zugerechnet (335).

cc) Treu und Glauben bei der Tätigkeit des erschienenen Genossen.

Dennoch werden aus diesem anerkannten Unterschied zwischen Verwaltungs- und Verfügungstätigkeit nicht die gleichen Schlußfolgerungen wie hier gezogen, obgleich deutliche Anzeichen dafür vorhanden sind, daß man nach einem Korrektiv sucht. So will man diese Überlegungen durch eine Art von Billigkeitserwägung ersetzen, die gewissermaßen zu einer Trennung des "rechtlichen Könnens vom rechtlichen Dürfen" führen (336): Könne zwar der erschienene Genosse die eine oder andere Prozeßhandlung auch mit Wirkung für und gegen seinen ausgebliebenen Genossen vornehmen, so seien Situationen denkbar, in denen er sie trotzdem nicht vornehmen dürfe; wer zusammen mit einem Blinden die Straße überquere, dürfe ihn nicht

335) Für Anerkenntnis bzw. Verzicht seitens des Gegners vgl. unten S. 191 zu Note 829; für das Rechtsmittel des Gegners vgl. unten S. 271 f.

336) Dieser besonders dem materiellen Strafrecht -vgl. hierzu die Kommentare zum Strafgesetzbuch - geläufigen Unterscheidung müßte zwar auch der Zivilprozeß offen stehen, weil beide Materien zum öffentlichen Recht im weitesten Sinne gezählt werden können (vgl. Baumbach-Lauterbach, Einleitung III, Anm. 2 B); - eine nähere Nachprüfung lehrt jedoch, daß die verfolgten, von einander abweichenden Interessenlagen dieser Rechtsmaterien eine entsprechende Differenzierung im dargelegten Sinne erfordern. Vgl. auch unten Note 337.

auf halbem Wege stehen lassen (337)!

Eine solche Argumentation wird hier eindeutig abgelehnt, weil sie den Charakter und damit die inhaltlichen Grenzen der prozessualen Ordnung verkennt: Der Gesetzgeber verfolgt mit ihr nämlich ausschließlich das Ziel, das zur Verwirklichung - d. h. Erkennung und Durchsetzung - des sachlichen Rechts erforderliche Vorgehen in einem objektiv voraussehbaren Verfahrensablauf festzulegen und demselben sowohl nach den etwaigen sachlich-rechtlichen wie auch eigengesetzlichen Bedürfnissen(- soweit sie in dieser Hinsicht zu bejahen sind -) eine entsprechende systematische Regelung zu geben (338). Der Zivilprozeß wird daher unter den zahlreichen, der deutschen Rechtsordnung bekannten Verfahrensarten weitgehend durch die Dispositionsmaxime charakterisiert, die sich größtenteils als Ausfluß der materiell-rechtlich anerkannten Parteiautonomie rechtfertigen läßt (339). Deshalb muß festgestellt werden, daß es der ZPO selbst fremd ist zu fragen, ob der erschienene notwendige Streitgenosse eine bestimmte Handlung mit materiell-rechtlicher Wirkung für und gegen den ausgebliebenen Genossen nicht nur vornehmen k ö n n e , sondern auch d ü r f e . Solche zumeist unter dem Grundsatz von Treu und Glauben und den guten Sitten zusammenzufassenden Überlegungen sind zwar dem Zivilprozeßrecht nicht unbekannt (340), soweit sie die Verfahrenslage betreffen. Aber es bleibt

337) Vgl. Wolff, S. 38.

338) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Einleitung III, Anm. 2A und Anm. 3.

339) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 3; bea. auch oben Note 338.

340) So auch Baumgärtel, ZZP 69/89 f.; Baumbach-Lauterbach, Einleitung III, Anm. 6 A.

dennoch bemerkenswert, daß derartige Erwägungen nur an jenen Punkten ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden haben, an welchen der Staat als Träger des Zivilprozesses - der dort ja zugunsten privater Rechtsinteressen der Parteien seine Autorität einsetzt - Gefahr läuft, in diesem seinen auf die Rechtsverklarung gerichteten Einsatz mißbraucht zu werden (341). Darüberhinaus besteht noch der allgemeingültige Grundsatz der exceptio doli processualis (342) als ein letztes Hilfsmittel.

Bei dem Gebilde der notwendigen Streitgenossenschaft kann aber der Gesetzgeber zu solchen Befürchtungen überhaupt keinen Anlaß haben: Denn er hat es zu dem Zweck geschaffen, die Einheitlichkeit der Sachentscheidung in jenen Fällen zu sichern, in denen die Besonderheit der zu entscheidenden materiellen Rechtslage eine andere Prozeßbeendigung als durch einheitliches Urteil nicht denkbar macht (343). Würde das Gesetz im Rahmen der notwendigen Streitgenossenschaft dem geschilderten Gedanken an eine Trennung von rechtlichem Können und Dürfen eine selbständige prozessuale Bedeutung einräumen wollen, so wäre damit zugleich die Notwendigkeit einer rechtlichen Würdigung der einzelnen Handlungen des Erschienenen in vorgenanntem Sinne unstrittig begründet. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß - abgesehen von der für die Prozeßpartei bestehenden Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit einer derartigen Beurteilung a priori (344) - solche Hand-

341) Vgl. hierzu z.B. die Vorschriften der §§ 765 a und 328 Abs. I, Ziff. 4 ZPO und ihr gemeinsames Leitmotiv.

342) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 5 F.

343) Vgl. oben S. 37 zu Noten 128, 129.

344) Vgl. Wolff, S. 7 vor d; Fuhr, S. 14 zu c; Kisch, S. 53 f.; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4/ B a (a.E.).

lungen des erschienenen Genossen auf Grund des § 62 ZPO dem säumigen immer und unabhängig davon zuzurechnen sind, ob sie ihn günstig oder ungünstig betreffen (345). Dies entspricht letztlich nur dem sachlich neutralen Standpunkt, den die Verfahrensordnung gegenüber ihrem jeweiligen Streitgegenstand einzunehmen hat (346). Dieser Forderung, unparteiisch den Fortgang des Rechtsstreits zu ordnen, wäre aber am allerwenigsten genügt, wenn das Prozeßrecht über die materiell-rechtliche Zulässigkeit von im Prozeß vorgenommenen Handlungen mit materiell-rechtlichen Auswirkungen entscheiden müßte: Das kann n u r Aufgabe des sachlichen Rechts selbst sein (347); Aufgabe des Prozeßrechts im Rahmen der notwendigen Streitgenossenschaft ist es hingegen (348) allein, die Einheitlichkeit der Sachentscheidung zu s i c h e r n , falls es zu einer solchen kommt. Darin liegt aber nicht eine G a r a n t i e der Sachentscheidung! Ob und unter welchen Umständen es zu ihr kommt, wird in keiner Weise von dem Grundsatz erfaßt, daß zwangsläufig eine tatsächlich ergehende Sachentscheidung allen notwen-

-
- 345) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 2; Lent IhJ 90/72 zu 3; Levetzow, S. 59 f.; RG JW 1886/9; RG SeuffArch. 42/Nr. 253; und oben Noten 344, 264 sowie unten Note 741.
- 346) Hierzu bedarf es - wenn überhaupt! - keiner weiteren Begründung als jener, die schließlich in ihrer reifsten und stärksten Konzentration zur Unparteilichkeit des Richters geführt hat (vgl. hierzu z.B. Baumbach-Lauterbach, § 139 ZPO, Anm. 2 B).
- 347) Damit steht zugleich fest:
Diese Aufgabe hätte zu erforschen, welche Begrenzung in jenen zur notwendigen Streitgenossenschaft führenden materiell-rechtlichen Interessenlagen der dortigen Verwaltungsbefugnis der einzelnen Mitbeteiligten besteht. Sie ist somit als Frage des materiellen Rechts ausgewiesen und muß deshalb aus den Erörterungen dieser Arbeit ausscheiden.
- 348) - wie schon mehrfach ausgeführt, vgl. oben S. 36 -

digen Streitgenossen gegenüber nur einheitlichen Inhalts sein kann. Er vermag deshalb nicht einen Grund für Folgerungen abzugeben, die außerhalb dieses Einheitlichkeitsgrundsatzes liegen. Vielmehr bleiben dieselben - wie die Regel ist - ausnahmslos an jene Handlungen der Prozeßbeteiligten geknüpft, die die Prozeßordnung für schlechthin den Prozeßablauf zu fördern geeignet ansieht. Ob die Unterlassung dieses vorgeschriebenen Prozeßbetriebs durch einen der notwendigen Streitgenossen - den "Säumigen" - verschuldet oder unverschuldet, in zu vertretender oder nichtzuvertretender Weise erfolgte, hat in der ZPO keine weitergehende Berücksichtigung gefunden als ihn eben wegen dieser Unterlassung "als vertreten ansehen" zu lassen (349). Dieser Gesetzesbefehl, der bisher als eindeutig auf die materielle Rechtslage abzielend angesehen wurde, tatsächlich aber nur die im Prozeß vom erschienenen Genossen vorgenommenen Handlungen zum Gegenstand hat, läßt sich jedoch nur dadurch "richtig" - d. h. im Sinne einer umsichtigen Einfügung in die Ordnung von Privat- und Prozeßrecht - verwirklichen, wenn dieses prozeßrechtliche Tatbestandsmerkmal des § 62 ZPO durch die dargelegte (350) sachlich-rechtliche Prüfung jener Handlungen ausgefüllt wird (351).

349) Vgl. oben S. 4 zu Note 13 und S. 5 zu Note 20.

350) Vgl. oben S. 84 zu Note 329 und unten S. 185 zu Note 788.

351) Bei der Untersuchung der Prozeßhandlungen im einzelnen wird sich aber zeigen (-vgl. unten S. 175 f.-), daß die Arbeit zu einem generellen Ergebnis kommt und somit für die Praxis **n i c h t** die übliche Forderung eines Teils der h.M. aufstellt, jede Prozeßhandlung des erschienenen Genossen müsse nach diesen Grundsätzen untersucht werden.

§ 4: Allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen für die Erstreckungswirkung aus § 62 ZPO.

Abgesehen von den für die einzelnen Prozeßhandlungen noch zu untersuchenden Besonderheiten (352) setzt das Eingreifen der Erstreckungswirkung nach § 62 ZPO allgemein (353) voraus, daß "ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt" (354) wird. Diese Begriffe müssen nunmehr näher untersucht werden.

a) Terminbegriff.

Das Ziel der Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft ist die einheitliche Entscheidung innerhalb der Prozesse der Genossen (355). Diese verlangt das entscheidungsreife Vorbringen des Prozeßstoffes in der Regel in mündlicher Verhandlung (356). Hiervon die lediglich fakultative

352) Vgl. unten S. 175 ff.

353) Bea. auch oben Note 5.

354) Vgl. den Wortlaut des § 62 ZPO.

355) Vgl. oben S. 36.

356) Die Entscheidung im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. II ZPO kann in diesem Zusammenhang gleichbehandelt werden (-wie auch das Gesetz in dieser Vorschrift das mündliche mit dem schriftlichen Verfahren gleichbehandelt-). Als Prozeßhandlung des erschienenen Genossen wird das Einverständnis hierzu keiner Besonderheit unterworfen (-vgl. Baumbach-Lauterbach, § 128 ZPO, Anm. 5 A-). Insoweit ist bei zulässigem schriftlichen Verfahren für die Beibringung von Prozeßstoff durch den einen Genossen -während der andere untätig ist!- die Anwendung des § 62 ZPO nach der ratio legis zu bejahen, obgleich mangels der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung damit eine Auslegung *contra legem* vorgenommen wird. Ebenso wie hier: Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IIa.

mündliche Verhandlung (357) ebenso wie die Termine zur Beweisaufnahme (358) auszunehmen (359), erscheint insoweit nicht gerechtfertigt, als auch sie zur Entscheidungsreife der Prozesse und damit zur Herbeiführung des einheitlichen Urteils beitragen (360). Aus dem gleichen Grunde ist auch der allgemeinen Meinung über die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO (361) im Officialverfahren (362) - das einer Säumnisentscheidung gegenüber dem Beklagten entzogen ist - ebenfalls nicht zu folgen: Denn die Tatsache, daß bei der notwendigen Streitgenossenschaft nicht immer (363) ein Versäumnisurteil gegen einen der Genossen möglich ist, berechtigt nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu dem Schluß, daß die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft dann nicht eingreife, wenn in einem Sonderfalle die Prozeßordnung schon selbst das Versäumnisurteil nicht zulasse. Die Regelungsvorschrift des § 62 ZPO erschöpft sich nämlich nicht in der Abwendung der Säumnisfolgen (364):

-
- 357) Vgl. etwa §§ 46, 225-227 ZPO.
- 358) Vgl. §§ 367, 370 ZPO.
- 359) So Samper, S. 12 zu 2; Fuhr, S. 12 zu 3b; Wolff, S. 9 zu III 1; Hachenburg, S. 46; Kisch, S. 57.
- 360) Ebenso wie hier: Hellwig, Lehrbuch III § 158 V 2a alpha. Eine hiervon zu trennende Frage ist allerdings, ob die von dem erschienenen Genossen vorgenommenen Prozeßhandlungen tatsächlich im gemeinsamen Interesse aller Prozesse - d.h. nicht ausschließlich im Rahmen seines eigenen Prozesses - liegen; vgl. hierüber unten S. 100 zu Note 396.
- 361) Vgl. hierzu oben Note 359 mit Ausnahme von Fuhr, S. 12 zu 3b, der hier die Anwendbarkeit des § 62 ZPO bejaht. Mit Recht weist er darauf hin, daß sich nach der h.M. das Urteil in einem solchen Falle allein auf das gegnerische Vorbringen stützen müßte, obgleich doch auch der erschienene Genosse über den nämlichen Streitstoff verhandelt hat!
- 362) Vgl. § 618 Abs. IV ZPO.
- 363) Vgl. unten S. 226 f. zu § 2.
- 364) Vgl. oben S. 65 zu § 1 mit den dortigen Hinweisen, und Fuhr, S. 12 f. zu 3b.

Damit kann die von vornherein auf die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft überhaupt nicht abgestellte Regelung des Offizialverfahrens nicht dahingehend aufgefaßt werden, sie entkräfte die Regelung des § 62 ZPO! Daß beide Regelungen in einem Punkte sich berühren -nämlich der Verhinderung eines Versäumnisurteils-, kann die weitere Folgerung der h.M. nicht stützen.

Die Arbeit kommt daher zu dem Ergebnis, daß durch die Verschiedenheit des Terminbegriffs eine Beschränkung der Erstreckungswirkung nicht eintreten kann. Insoweit kann auf den Gesetzestext zurückgegriffen werden.

b) Fristbegriff.

Wenn auch hier der Gesetzeswortlaut keine Beschränkung ausspricht, so trägt die Arbeit dennoch Bedenken, wiederum die gleiche Folgerung wie beim Terminbegriff zu ziehen. Denn vorweg muß für die Frage nach den unter § 62 ZPO zu fassenden Fristen schon nach der Natur der Sache eine Unterscheidung dahingehend eingreifen, daß es sich hierbei nur um solche Zeitspannen handeln kann, die einer Prozeßpartei für ein bestimmtes prozessuales Verhalten (365) gewährt werden (366). Diese allgemein "eigentliche" genannten Fristen zu erfassen, stellt bei natürlicher Betrachtung wohl den eindeutigen Zweck der in § 62 ZPO getroffenen Regelung dar. Ihre Zielsetzung kann allerdings nach Meinung der Arbeit -zumindest mangels einer ausdrücklichen Ausnahmeanordnung - die allgemeinen Rechtssätze des Verfahrensrechts nicht außer Kraft setzen; Ausnahmen -wie die Vorschrift des § 62 ZPO- sind eng auszulegen. Wenn demgegenüber die h. M. auf uneigentliche Fristen die Vorschriften über die Fristen -abgesehen von

365) Vgl. oben Note 278.

366) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 214 ZPO, Anm. 3 Aa.

der Berechnung nach § 222 ZPO- nicht anwendet (367), bedeutet dies eine derartige Herausnahme der "uneigentlichen" Fristen aus dem allgemeinen Fristbegriff, daß auch die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft diesen Umstand nicht unberücksichtigt lassen kann. Die uneigentlichen Fristen kennen keine Verlängerung und keine Wiedereinsetzung gegen ihre Versäumung: das ist gerade das Gegenteil jenes Ergebnisses, auf das die Anordnung des § 62 ZPO abgestellt ist! Die Arbeit vertritt daher die Ansicht (368), daß die uneigentlichen Fristen von vornherein davon ausgeschlossen sind, unter die Regelung des § 62 ZPO zu fallen (369).

Einer weitergehenden Beschränkung des Fristbegriffs in § 62 ZPO steht aber der Wortlaut dieser Vorschrift entgegen, mag die Annahme einer solchen Beschränkung noch so nahe liegen wie etwa auch bei der Notfrist (370). In ihr kennt nämlich das Prozeßgesetz eine Fristart, die weder eine Verlängerung oder Verkürzung noch eine Hemmung in ihrem Ablauf duldet; sie ist unbeeinflussbar und unabänderlich (371). Wegen dieser Sonderstellung könnte daher die Meinung berechtigt erscheinen, daß Notfristen nicht unter die Regelung des § 62 ZPO zu fassen seien. Allein schon der Widerspruch einer solchen Lösung mit dem alle

-
- 367) Vgl. für viele Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 214 ZPO, Anm. 3 A b.
- 368) -unabhängig davon, daß diese Schlußfolgerung nicht unmittelbar aus den Einzelregelungen der §§ 221 f. ZPO bzw. deren Unanwendbarkeit abgeleitet werden kann!-
- 369) Ebenso Samper, S. 41, für die fünfmonatige Frist der §§ 516, 552 ZPO als uneigentliche Frist, und Wolff, S. 25, während die h.M. sich uneingeschränkt an den reinen Wortlaut des § 62 ZPO hält (vgl. z.B. Meyer ZZP 14/368)!
- 370) Vgl. § 223 Abs. III ZPO.
- 371) So für alle Baumbach-Lauterbach, § 223 ZPO, Anm. 3, und Übersicht vor § 214 ZPO, Anm. 3 vor B.

Fristen schlechthin umfassenden Gesetzeswortlaut des § 62 ZPO muß eine solche Auslegung de lata scheitern lassen. Aus demselben Grunde ist es auch müßig, die gesetzlichen Fristen einer ähnlichen Überprüfung zu unterziehen (372, 373). Der genannte Einwand gilt nach Ansicht der Arbeit lediglich nicht bei der uneigentlichen Frist, weil sie nicht unter den allgemeinen Fristbegriff des Gesetzes zu fassen ist.

c) Säumnisbegriff.

Erscheint ein Prozeßbeteiligter im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht oder erscheint er zwar, verhandelt aber nicht, so sieht die Verfahrensordnung diesen Termin von ihm als versäumt an (374); eine Frist ist versäumt, wenn sie nicht eingehalten wurde (375): Zu einem Abweichen von diesen allgemeinen Regeln des Prozeßgesetzes ist auch bei der notwendigen Streitgenossenschaft kein Anlaß erkennbar. Ist ein Genosse in vorgenanntem Sinne "säumig", so greift für sein Nichthandeln die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO hinsichtlich der Prozeßhandlungen des nichtsäumigen Genossen ein. Das bedeutet zunächst, daß der säumige Genosse

-
- 372) -wie dies Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B II b, macht, der -gegen die h.M. (vgl. dazu u.a. Warneyer ZPO, § 62 ZPO, Anm. III; RG JW 1898/114)- ausdrücklich auf gesetzliche Fristen die Regelung des § 62 ZPO nicht beziehen will!-
- 373) Jedoch kann diese Erwägung nicht ausschließen, daß die Arbeit zu Lösungen gelangt, die auf das gleiche Ergebnis hinauslaufen, wenn auch aus anderen Gründen (vgl. für die Bedeutung der Rechtsbehelfsfrist unten S. 241 f.)!
- 374) Vgl. §§ 220 Abs. II, 330, 331, 333 ZPO.
- 375) Vgl. dazu § 233 Abs. I ZPO.

für den versäumten Termin bzw. für die versäumte Frist nicht als "säumig" anzusehen ist. Prozeßhandlungen können aber auch außerhalb eines Termins bzw. einer Frist (376) wirksam erfolgen, soweit die Verfahrensordnung ihre Vornahme durch Einreichung eines Schriftsatzes zuläßt (377): Diese in den Motiven zur ZPO sogenannten "bestimmenden Schriftsätze" (378) beinhalten nicht lediglich eine bloße Ankündigung, daß solche Prozeßhandlungen im nächstfolgenden Termin vorgenommen werden, sondern sie enthalten bereits diese nämlichen Prozeßerklärungen der Partei selbst, d.h. sie stellen diese Prozeßhandlung selbst dar. Hinsichtlich Prozeßhandlungen dieser Art liegt zweifelsfrei eine Säumnis des untätigen Genossen in vorgenanntem Sinne nicht vor, so daß die Anwendbarkeit des § 62 ZPO fraglich erscheint. Ausgehend von dieser Überlegung würde es auf diesem Wege vom Willen des tätigen Genossen -und damit im Rechtssinne vom Zufall!- abhängen, ob die Rechtsfolge des § 62 ZPO und damit die einheitliche Entscheidung (379) eintreten würde (380). Ihr Ziel - die divergenzlose einheitliche Sachentscheidung zu ermöglichen - müßte daher als nur unvollkommen gesichert erscheinen, wenn es auf diese Weise dem erschienenen Genossen in die Hand gegeben wäre, hierüber zu entscheiden!

Nachdem aber die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft diese unterschiedliche Vornahmemodalität bei den betreffenden Prozeßhandlungen für den tätigen Genossen schon nicht ausschließt (381), zwingt sich eine andere Lösung auf: Die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO ist daran angeknüpft, daß ein Genosse der notwendigen Streitgenossen-

-
- 376) Als Beispiel für die Wirksamkeit einer befristeten Prozeßhandlung vor Fristbeginn vgl. die Berufungseinlegung vor Zustellung des anzugreifenden Urteils.
- 377) Vgl. §§ 271 Abs. II Satz 2, 281 ZPO.
- 378) Vgl. für viele Wieczorek, § 129 ZPO, Anm. A I.
- 379) Vgl. oben Note 6, S. 36 und unten Note 604.
- 380) Vgl. auch unten S. 98.
- 381) Vgl. auch unten S. 154 zu Note 642.

schaft einen Termin oder eine Frist versäumt. Solange der säumige Genosse nicht tätig wird, tritt diese Erstreckungswirkung ein (382) und bezieht sich dann auf alle Prozeßhandlungen des tätigen Genossen, ohne Rücksicht auf ihre unterschiedliche Vornahmemodalität zu nehmen. Damit ist deren Problematik (383) einer Lösung zugeführt, die weder dem Säumnisbegriff noch dem uneingeschränkten Eintritt der Erstreckungswirkung Abbruch tut.

§ 5: Folgerungen aus dem Vertretungsverbot für die Erstreckungswirkung.

Die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft muß frei von äußeren Einflüssen bleiben, wenn sie ihre gesetzliche Aufgabe (384) erfüllen soll; nur von dort her kann sie naturgemäß gesteuert werden. Dieser Umstand äußert sich darin, daß eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 ZPO mit der Erfüllung der entsprechenden Tatbestandsmerkmale existent wird (385), - unabhängig (386) von irgendwelchen Maßnahmen des Gerichts wie auch der

382) Vgl. unten Note 400.

383) So schon RG JW 1900/653-Nr. 3 und u.a. auch Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/bb. Vgl. auch unten S. 148 zu b.

384) Vgl. oben S. 2 und zu Note 6.

385) Vgl. hierzu unten S. 119 f. Wie stark dieser Grundsatz auch auf die Tatbestandsvoraussetzungen zur notwendigen Streitgenossenschaft einwirkt, zeigen Erörterungen des Schrifttums und der Rechtsprechung über die etwaige Möglichkeit einer dritten Fallgruppe der notwendigen Streitgenossenschaft "aus logischen Gründen": Vgl. hierüber insbesondere Schwab, Lent-Festschrift, S. 274 zu II 2, und BGH NJW 1959/1683. Diese Frage scheidet aber wieder aus thematischen Gründen aus dieser Untersuchung aus (vgl. oben S. 2 zu Note 5).

386) Hierauf wurde schon verschiedentlich hingewiesen; vgl. oben S. 12 zu Note 41, S. 18, 76. Ausdrücklich ebenso Freudenthal-Sauerländer, § 62 ZPO, Anm. 1a; RGZ 90/45; 157/37; RG JW 1898/113; Sydow-Busch § 62 ZPO, Anm. 4; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm.

Parteien (387). Damit ist zugleich auch der Existenzwert dieser Vorschrift des § 62 ZPO aufgezeigt (388). Ihre zwingend eingreifende Erstreckungswirkung muß das Gericht in jeder Lage des Verfahrens berücksichtigen. Hätte § 62 ZPO diese Regelung nicht getroffen, so daß die Einheitlichkeit der Entscheidung nur auf dem Wege über eine echte Vertretung zu erreichen wäre, dann könnte wohl nicht bezweifelt werden, daß dem erschienenen Genossen die Möglichkeit der Entscheidung darüber zustände, ob seine Handlung als altruistische Verwaltungstätigkeit auch den übrigen Genossen o d e r ausschließlich in Verfolgung egoistischer Interessen nur ihm zugute kommen solle (389). Aber durch die nicht zu beseitigende Erstreckungswirkung auf Grund der in § 62 ZPO aufgestellten Fiktion wird ihm eine solche Alternative abgeschnitten: Darin liegt der Nachweis der Existenzberechtigung des § 62 ZPO (390). Andernfalls wäre es in der Tat un-

4, die die von ihnen als "Vertretung" bezeichnete Erstreckungswirkung eindeutig ohne und selbst gegen den Willen des erschienenen Genossen eintreten lassen.

387) Vgl. oben S. 96.

388) a.A. Wachenfeld, S. 171 f.; vgl. auch Wach, KrVJSchr. 14/344.

389) Obgleich diese theoretische Fragestellung recht praxisfremd ist (-weil sich auf diese Weise der erschienene Genosse der rechtlichen Möglichkeit berauben würde, ohne die übrigen Genossen den Rechtsstreit fortzuführen-), darf sie hier nicht übersehen werden. Die Problemstellung kann eben nicht durch hypothetische Sachverhaltsänderungen erleichtert werden; vgl. auch unten S. 131 zu Note 530.

390) Vgl. unten Note 1261.

Im übrigen ist insoweit die Gegensätzlichkeit dieser Regelung zum materiellen Recht nicht zu bestreiten; sie widerspricht aber nur scheinbar der hier vertretenen Ansicht, daß das Prozeßrecht nicht

umgänglich, für die Erstreckung der Rechtswirkungen eine Bevollmächtigung durch den ausgebliebenen Genossen vorauszusetzen (391). Daß aber ein solcher Umstand eine die Anwendbarkeit des § 62 ZPO ausschließende V e r - ä n d e r u n g des Sachverhalts darstellen würde, ist bereits nachgewiesen worden (392). Um also zu dem Tatbestand des § 62 ZPO zu gelangen, muß das in dieser Vorschrift eingeschlossene Vertretungsverbot beachtet werden (393). Soweit jedoch dieses reicht, ist unmöglich, daß der erschienene Genosse ausschließlich im Prozeßinteresse des säumigen tätig werden kann (394): Er wäre Vertreter ohne Vertretungsmacht und könnte auch über § 62

eine vom materiellen Recht abweichende Rechtsfolge herbeiführen kann (-vgl. oben Note 222 und S. 78 vor a-). Dennoch ist sie hier nicht abzulehnen, weil damit die Verfahrensordnung nicht einen dem materiellen Recht f r e m d e n Rechtserfolg schafft (-vgl. z.B. oben S. 29-), sondern nur einen von mehreren durch das materielle Recht zugelassenen Rechtserfolgen herausgreift, um ihn im Interesse der Prozeßökonomie und -konzentration zu fingieren. Um einen Fortschritt im Prozeß zu erreichen, wird eine der vom materiellen Recht anerkannten Möglichkeiten zur Grundlage gemacht, nicht aber eine dem materiellen Recht fremde Möglichkeit. Diese Unterscheidung ist aber zu beachten!

- 391) -was die Anwendung des § 62 ZPO ja ausschlosse; vgl. oben S. 72 zu Note 274, S. 82, und Note 79-
- 392) Vgl. oben Note 79.
- 393) Auch die Vorschrift des § 54 ZPO kann nicht herangezogen werden. Sie gilt nach Stellung und Entstehungsgeschichte nur für die Befugnis des gesetzlichen Vertreters und hat im Rahmen der hier erörterten Probleme deshalb keine Bedeutung; vgl. Stein-Jonas, § 54 ZPO, Anm. I; Wieczorek, § 54 ZPO, Anm. A.
- 394) Vgl. besonders oben S. 70 und auch Note 271; so auch Fuhr, S. 14 zu 2a; Kisch, S. 61 und 76; Lent I hJ 90/71 vor II; Levetzow, S. 72; Samper, S. 11 vor c; Zimmermann, S. 41;
a.A.: Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/aa (ohne Begründung).

ZPO nicht die Wirkung seiner Tätigkeit auf den säumigen erstrecken! Kann der erschienene Genosse nicht tätig werden, ohne damit nicht zugleich auch mit Wirkung für und gegen den säumigen zu handeln (395), so ist es umgekehrt auch nicht möglich, daß die Wirkung seiner Tätigkeit nur und ausschließlich auf diesen Genossen erstreckt würde (396): Das folgt denknotwendig aus der Ablehnung des Vertretungsgedankens in der Konstruktion (397) des § 62 ZPO. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes von der Mehrheit der Prozesse (398) könnte daher hier keinesfalls zugestimmt werden, nun etwa den erschienenen Genossen als in seiner Sache nicht verhandelnd zu betrachten, falls sein Vorbringen lediglich den Prozeßstoff seines ausgebliebenen Genossen betrifft und dabei seine eigenen Prozeßinteressen nicht zugleich mitberührt (399).

§ 6: Bedingte Geltung der Erstreckungswirkung.

Es bedarf keines besonderen Hinweises, daß die der Lösung durch § 62 ZPO vorbehaltenen Rechtsfragen erst dann entstehen können, wenn ein Genosse säumig ist u n d

395) Vgl. Kisch, S. 79,

396) Vgl. Kisch, S. 61 und 76; Lent IthJ 90/71 vor II.

397) Vgl. oben S. 72 f.

398) Vgl. oben S. 58.

399) Wird auch diese rechtliche Möglichkeit bei den Fällen der "konkret"-notwendigen Streitgenossenschaft nicht auftreten können, weil es sich dort immer um den nämlichen Streitstoff handelt (-vgl. Fuhr, S. 14 zu 2b-), so ist eine derartige Situation doch bei der "abstrakt"-notwendigen Streitgenossenschaft denkbar: Die Gültigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses nach §§ 200 f. AktG läßt sich ohne weiteres als von mehreren Klagen mit verschiedenen rechtlichen Begründungen angegriffen denken. Über die aus dem Nichtverhandeln des erschienenen Genossen in eigener Sache entstehende "Säumnis" desselben und weitere Folgen vgl. unten S. 214 zu Note 941.

bleibt (400), weil dann erst die durch sein fehlendes Verhandeln entstehende Lücke einer Ausfüllung bedarf. Tritt der säumige Genosse später wieder in die Verhandlung ein (401), so erhebt sich die Frage nach dem rechtlichen Schicksal der Erstreckungswirkung hinsichtlich jener Prozeßhandlungen, die der tätige Genosse bis zu diesem Zeitpunkt vorgenommen hatte (402). Daß die in § 62 ZPO ausgesprochene "Vertretung" (403) eines Genossen dessen Säumnis gerade in dem Zeitpunkt voraussetzt, in welchem diese Situation geprüft wird, scheint selbstverständlich zu sein, wird aber in seiner Konsequenz zumeist trotzdem nicht überblickt (404). Durch den Wiedereintritt des säumig gewesenen Genossen in die Verhandlung ist die Vorschrift des § 62 ZPO nicht mehr anwendbar; würde trotz Beseitigung des Säumnisfalles die Erstreckungswirkung noch fortgelten, so würde dies somit ohne Rechtsgrundlage geschehen! Ist aber schon eine Bevollmächtigung des erschienenen Genossen unter allen Umständen ausgeschlossen (405), so könnte allein die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO dazu führen, die vom erschienenen Genossen vorgenommene Handlung durch das Medium des gemeinsamen Urteils (406) wie vom säumigen Genossen selbst vorgenommen gelten zu lassen. Kommt es aber zu einer Prozeßlage, in der mangels

-
- 400) Mit der h.M. muß nämlich davon ausgegangen werden, daß die Erstreckung solange wirkt, bis der säumige Genosse sich wieder selbst an dem Verfahren beteiligt (vgl. für viele Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 vor a; Hellwig, System I § 123 V 2c).
- 401) Diese rechtliche Möglichkeit muß schon im Hinblick auf § 62 Abs. II ZPO jederzeit bejaht werden.
- 402) Vgl. auch unten S. 206 f. zu § 4.
- 403) -nach den Worten des Gesetzes; gemeint ist aber hier (vgl. auch Hellwig, System I § 124 I vor 1) die sogenannte "Erstreckungswirkung"-
- 404) Vgl. dazu die Angaben über den Meinungsstand bei der Präklusionsfrage (unten S. 206 f. und Note 920).
- 405) Vgl. oben S. 82 f. zu aa sowie Note 274.
- 406) Vgl. Fuhr, S. 21 vor III, und hier oben S. 76 f. sowie Note 293.

eines solchen Urteils der Einheitlichkeitsgrundsatz noch nicht eingreifen kann (407), andererseits aber der säumig gewesene Genosse im Prozeß erscheint und verhandelt, so kann dieser Genosse **n i c h t** mehr hinsichtlich der vom tätigen Genossen vormals allein vorgenommenen Handlungen "als vertreten angesehen" werden. Für die Erstreckungswirkung bedeutet dies aber, daß von ihrer vollen Gültigkeit erst dann auszugehen ist, wenn die bis zum Erlaß des Urteils jederzeit bestehende Möglichkeit (408), daß der ausgebliebene Genosse seine Säumnis und damit die Anwendbarkeit des § 62 ZPO beseitigt, ausgeschlossen ist. Aus diesem Grunde ist es notwendig, die Erstreckungswirkung **n i c h t** als im Zeitpunkt der während der Säumnis des anderen Genossen vorgenommenen Handlung des erschienenen Genossen bereits als unumstößlich eingetreten zu betrachten, sondern vielmehr in der genannten rechtlichen Möglichkeit auf Beseitigung der Säumnis eine aufschiebende (409) Bedingung (410) ihrer Wirkungen zu erkennen (411).

-
- 407) "Solange nicht die Divergenz von Urteilen möglich ist, findet keine Übertragung der Wirkungen auf den Prozeß des Säumigen statt" (Fuhr, S. 21 zu III). Vgl. die Auswirkung dieses - auch von Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ba, verfolgten - Gedankens bei der Rechtsmitteleinlegung (unten S. 245 zu Note 1085) und beim Vergleich (unten S. 196 f.).
- 408) Vgl. oben Note 401.
- 409) - weil auf den zukünftigen Eintritt der Erstreckungswirkung bezogen -
- 410) Nachdem aber der Eintritt der Erstreckungswirkung von dem zu erlassenden Urteil abhängt (vgl. oben S. 101 zu Note 406) und insoweit -d.h. dieses Abhängigkeitsverhältnis- einem gesetzlichen Erfordernis entspricht (vgl. oben S. 36 f.), handelt es sich hier um eine Rechtsbedingung (vgl. Palandt-Danckelmann, Einführung vor § 158 BGB, Anm. 2). Als solche unterliegt ihre Zulässigkeit bei Prozeßhandlungen und deren Auswirkungen keinen Bedenken (vgl. Baumgärtel, § 16 I, S. 120).
- 411) Vgl. Fuhr, S. 21 vor III, der die Handlungen des erschienenen Genossen "erst durch das Medium des

Zu diesem Ergebnis zwingt die Überlegung, daß erst die entscheidungsreife Prozeßlage das Erfordernis nach einer einheitlichen Entscheidung zu seiner vollen Entfaltung kommen läßt; vorher mag es erst als ultima ratio im Hintergrund stehen, um durch das Ausbleiben eines der Genossen die sachliche Entscheidung später zu ermöglichen.

Das besagt, daß dieser Grundsatz - und mit ihm die Vorschrift des § 62 ZPO! - immer erst dann von Bedeutung werden kann, wenn der Richter bei Entscheidungsreife des Streitstoffes darangeht, seine Entscheidung zu entwerfen, und sie daraufhin erläßt. Fordert der Gegner des ausgebliebenen Genossen ein Versäumnisurteil, so ergibt die richterliche Nachprüfung der entsprechenden Voraussetzungen hierzu für den Normalfall, daß der ausgebliebene Genosse wegen des nunmehr eingreifenden § 62 ZPO n i c h t säumig ist; das beantragte Versäumnisurteil ergeht daher nicht (419). Ist der Prozeß zur sachlichen Entscheidung reif und prüft der Richter das materielle Vorbringen der einzelnen Streitgenossen nach, so ergibt der sodann eingreifende § 62 ZPO wiederum, daß der ausge-

Urteils" auf den Prozeß des säumigen w i r k e n und vorher "die Wirkungen der einzelnen Prozeßhandlungen ... des fleißigen Genossen ... nicht .. auf den Prozeß des säumigen Genossen erstrecken" läßt. Auch Hahn, S. 174, geht davon aus, daß die Erstreckungswirkung "bis dahin währt, daß der säumige Streitgenosse sich an dem späteren Verfahren wieder beteiligt"; ebenso Stein-Jonas, § 62 ZPO Anm. IV 3; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 vor a. Vgl. auch oben Note 400. Im Ergebnis bedeutet dies, daß jeweils die Wirkung einer Handlung des erschienenen Genossen nicht sofort für den säumigen bejaht, sondern - in die Rechtssystematik des § 159 Abs. I BGB gebracht - als aufgeschoben betrachtet wird. Diese Besonderheit bei der Erstreckungswirkung übersieht Lent IhJ 90/70 offensichtlich.

419) Vgl. aber unten S. 226 f. zu § 2.

bliebene Genosse mit seinem Vorbringen nicht als säumig anzusehen ist. Liegen aber diese beiden Fälle richterlicher Nachprüfung noch nicht vor, so bedeutet dies, daß der Grundsatz der einheitlichen Entscheidung - und damit der Kern der gesetzlichen Regelung - in dieser gegenwärtigen Prozeßlage noch keine Rolle spielen kann. Vor diesem Zeitpunkt richterlicher Nachprüfung kann also diese Erstreckungswirkung nicht eingreifen bzw. zumindest nicht endgültig vorliegen, weil sie dann als auflösend bedingt durch ein eventuell nachfolgendes Verhandeln des säumig gewesenen Genossen zu betrachten ist (413).

Freilich kann nicht übersehen werden, daß hiervon in der Vorschrift des § 62 ZPO nichts zu lesen steht; aber auf die Fehlerhaftigkeit der reinen Wortinterpretation und Ungenauigkeit der lückenhaften Regelung (414) der notwendigen Streitgenossenschaft wurde wiederholt hingewiesen: über die Existenz dieser Mängel besteht Einigkeit (415). Von der logischen, aus dem Einheitlichkeitsgrundsatz der gemeinsamen Sachentscheidung entwickelten Konstruktion der notwendigen Streitgenossenschaft kann aber ein früheres Einsetzen - und damit ein verstärktes Abweichen von der normalen gesetzlichen Übung - der Erstreckungswirkung nicht abgeleitet werden, wie verschiedentlich angenommen wird (416).

In Übereinstimmung mit der hier erarbeiteten Lösung bedeutete es daher keine Abänderung des Gesetzes, wenn zu seiner Verdeutlichung die Vorschrift des § 62 ZPO in ihrem

-
- 413) Das kann auch bei unwiderruflichen Prozeßhandlungen nicht anders sein: Vgl. insoweit unten S. 210 f.
- 414) Vgl. oben S. 10 zu Note 32, S. 73 zu Note 279, und S. 79 zu Note 304.
- 415) Vgl. oben S. 4 und Note 304.
- 416) Vgl. oben Note 404 (-entgegen der Regel, Ausnahmestatbestände eng auszulegen!-).

Abs. I einen entsprechenden Zusatz enthielte, wonach der säumige Genosse als von dem erschienenen vertreten anzusehen ist, "soweit dies die einheitliche Urteilsfindung erfordert". Hierdurch würde ohnehin nicht mehr ausgesprochen werden als die Ableitung aus dem Grundsatz der einheitlichen Entscheidung besagt und die unausgesprochen gebliebenen Intentionen des Gesetzgebers zu ihrer Verklärung verlangen.

3. Abschnitt: Zusammenhang der prozessualen Regelung nach dem Lösungsvorschlag mit der materiellen Rechtslage der notwendigen Streitgenossenschaft.

Mit dieser Koppelung an das sachliche Recht wird der Ring geschlossen (417), der die dort liegende Besonderheit der Rechtslage und die daraus folgende Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung - die eben das Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft ausmachen (418) - miteinander verbindet. Ein solcher Zusammenhang des Prozeßrechts mit dem materiellen Recht entspricht auch dem natürlichen Wirkungsverhältnis beider Rechtsmaterien (419); damit gliedert sich die hier gefundene Auslegung des § 62 ZPO in die Systematik des bürgerlichen -sachlichen- und prozessualen -formellen- Rechts ein, ohne hierzu für die Verfahrensausgestaltung neue Begriffe vorauszusetzen: Ihr Vorteil kann daher in einer auf den objektiven Gegebenheiten beider Rechtsmaterien aufbauenden und deren Zusammenhang miteinander berücksichtigenden Darstellung der Wirkungswei-

417) Vgl. oben S. 37 (a.E.).

418) Vgl. oben Noten 128, 129.

419) Vgl. oben Note 294.

se der notwendigen Streitgenossenschaft im Prozeß erblickt werden.

Zugleich ist aber nachgewiesen, daß die erörterten übrigen Theorien nicht befriedigen konnten, weil sie zu sehr der Vorschrift des § 62 ZPO und ihrem Wortlaut verhaftet sind. Zwar ist hier wie auch dort die Nachprüfung jeder Prozeßhandlung des Nichtsäumigen anhand des materiellen Rechts gleichermaßen unumgänglich; dennoch aber ist diese Gleichheit der beiden Ergebnisse nur eine scheinbare, weil dort die - im Gesetzeswortlaut lediglich anklingende - "Vertretung" den Ausgangspunkt bildet.

§ 1: Bedeutung der bisher aufgestellten Theorien.

Der hier vertretene Standpunkt führt aber nicht dazu, die bisher über das Wesen der in § 62 ZPO getroffenen Regelung angestellten Überlegungen in ihrer Bedeutung zu verkennen, wenngleich ihnen auch nur die Rolle zukommen kann, *e i n z e l n e* Erscheinungen innerhalb dieser Bestimmung aufgeheilt zu haben. Da sie aber im übrigen nicht das Ganze der dort ausgesprochenen Regelung treffen, würde es verfehlt erscheinen, die Bezeichnung der einzelnen Meinungen mit dem Gesamtgehalt dieser Vorschrift in Verbindung zu bringen. Ohne Zweifel hat das Gesetz selbst eine der Vertretung ähnliche Richtung mittels Anordnung einer Fiktion gewiesen; zweifelhaft muß aber die Berechtigung bleiben, deshalb die gesamte Bedeutung der in § 62 ZPO zum Ausdruck gebrachten Regelung in eine Vertretungs-, Reflex- oder Fiktions-theorie zu fassen: Sie können eben nicht mehr als einzelne der dort aufgetretenen Konstruktionsmerkmale betreffen.

Die mannigfachen Folgen der notwendigen Streitgenossenschaft im Verfahrensablauf *k ö n n e n* nicht allein

aus dem bloßen Wortlaut des § 62 ZPO erklärt werden (420), weil diese Bestimmung nur von ausschnittsweiser Kürze ist; ihre Erklärung muß vielmehr aus dem Grundsatz der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung hervorgehen. Nur wenn dieser Grundsatz in den Mittelpunkt der Überlegungen gestellt wird, darf wegen seiner engen Verbindung mit der jeweiligen materiellen Rechtslage eine nach dem geltenden Recht befriedigende Lösung erwartet werden.

§ 2: Beurteilung des erzielten Ergebnisses.

- a) Die Beziehung des Lösungsvorschlages zum materiellen Recht und seine grundsätzlich prozessuale Natur.

So betrachtet, stellt sich die Vorschrift des § 62 ZPO und ihre Regelung (421) als ein eigenartiger, im übrigen Rechtssystem nicht ein zweites Mal existenter Tatbestand dar, dessen Wesen jedoch nicht nur in seinen Wirkungen, sondern auch in seiner Erscheinung selbst zu umreißen versucht wurde (422): Mit den Worten der "Vertretung" als einer Fiktion (423) der Erstreckung von Rechtswirkungen auf dritte Personen hat der Gesetzgeber in § 62 ZPO eine Anordnung umschrieben, die in ihrem prozeßrechtlichen Ergebnis mit jenem des materiellrechtlichen Verwaltungs-

-
- 420) Der beste Beweis hierfür ist die Tatsache, wieviele Theorien und Erörterungen der vom Gesetzgeber gewählte Wortlaut schon hervorgerufen hat; vgl. auch oben Note 12.
 - 421) Ein knapper Überblick wird auch unten S. 179 gegeben.
 - 422) Damit ist auch die oben S. 7 gestellte Frage beantwortet; a.A. -u.a.- Fuhr, S. 27 (a.E.).
 - 423) So auch Lent IuJ 90/70 zu 3.

handelns (424) zusammentrifft. Wenn auch das Gesetz die Bezeichnung "Vertretung" verwendet, so zeigt die Arbeit deutlich, daß diese wörtliche Gleichstellung mit dem Vertretungsinstitut nur auf die Wirkungen des Handelns (425) des erschienenen Genossen bezogen werden kann, jedoch *n i c h t* auch auf den dazugehörigen Tatbestand (426): Nur in diesem Rahmen kann diese "Vertretung" -d.h. die Erstreckungswirkung- verstanden werden, nur in diesem Rahmen will das Verfahrensrecht eine Regelung auf seinem Sektor treffen!

Neben dieser Aufspürung des von jeher unklaren (427) materiellen Einzugsbereichs des unter § 62 ZPO zu fassenden Prozeßverhaltens steht aber auch eine Durchleuchtung der juristischen Technik, die diese Wirkung erzielt: Das *M e d i u m* (428) des gemeinsamen Urteils und dessen Rechtskraft wird erst durch die besondere Vorschrift des § 62 ZPO -aufschiebend bedingt durch die bis zu diesem Urteil andauernde Säumnis eines der Genossen- zum Träger der Erstreckungswirkung, wenn jene fingierte Wirkung aus dem Verhalten (429) des tätigen Genossen eingreift. Das Eigenartige des § 62 ZPO besteht somit darin, daß er zu einer rechtlich anerkannten Einflußnahme auf solche Gegenstände befähigt, die gerade *n i c h t* vom selben Urheber wie die jeweilige Einwirkungshandlung (430) herühren, ohne daß er hierzu bevollmächtigen würde (431).

-
- 424) Vgl. aber noch unten S. 185 zu Note 788.
425) So auch Lent IhJ 90/88 vor V; vgl. auch oben Note 278.
426) So Lent IhJ 90/88 vor IV.
427) Vgl. oben S. 4 zu Note 14.
428) Vgl. oben Note 293 und S. 100 zu § 6.
429) Vgl. oben Note 278.
430) Vgl. hierzu auch unten S. 144 f.
431) Vgl. oben S. 72 zu Note 274 und Lent IhJ 90/71 vor II, der unter den Begriff "Fremdwirkung" alles das faßt, was die Arbeit als "Erstreckungswirkung" bezeichnet (vgl. oben Note 301).

- b) Abgrenzung des Lösungsvorschlages durch die dem § 62 ZPO gestellte Aufgabe.

Diese von der herkömmlichen Systematik - die eine Vollmacht voraussetzt, damit ein anderer aus der Rechtsposition eines Dritten heraus handeln kann (432) - abweichende (433) und damit den Grundsatz des Vertretungsverbots (434) begründende Rechtsgestaltung erfordert daher auch eine entsprechend umsichtige Absicherung: Der allein (435) im Vordergrund stehende Grundsatz der einheitlichen Entscheidung muß wegen seiner absoluten Vorrangstellung (436) vor mißbräuchlicher Verwertung bewahrt bleiben. Dem würde aber die aus der unterschiedlichen Vornahmemodalität (437) bei den Prozeßhandlungen des tätigen Genossen sich ergebende Problematik entgegenstehen (438): Die Lösung dieses Problems (439) war demzufolge aus jenem Sicherungsgesichtspunkt abzuleiten. Es wäre in der Tat unerträglich, wenn der tätige Genosse es in der Hand hätte, die Auslösung der in § 62 ZPO niedergelegten Erstreckungswirkung von seinem Willen abhängig zu machen, weil dann der Grundsatz der einheitlichen Entscheidung seiner Lösungsfunktion und damit seiner Bedeutung überhaupt beraubt würde (440). Von ihm kann daher nicht abgegangen werden, auch wenn er in seiner letzten Konsequenz sogar zur Auf-

-
- 432) Vgl. oben S. 10 ff.
433) Vgl. oben S. 21, 23.
434) Vgl. oben S. 82.
435) Vgl. oben Note 6, S. 36 sowie unten Note 604.
436) Vgl. oben S. 2 und zu Note 6.
437) Vgl. oben S. 96.
438) Vgl. unten S. 148 zu b.
439) Vgl. oben Note 437.
440) Vgl. unten S. 147.

lösung der Streitgenossenschaft führt (441). Das hängt eben damit zusammen, daß der ihm zugrundeliegende Einheitlichkeitsgrundsatz lediglich die Einheitlichkeit der Sachentscheidung garantiert (442), nicht aber den Fortbestand der notwendigen Streitgenossenschaft, - oder mit anderen Worten: auf eine solche Sachentscheidung als zwingend eintretenden Prozeßabschluß ist diese Bestimmung nicht abgestellt. Folglich ist in § 62 ZPO auch nicht eine Schutzvorschrift für die notwendige Streitgenossenschaft in ihrer Existenz (443) zu erblicken, sondern nur für die Ungestörtheit der von ihr betriebenen Prozeßentwicklung. Welches Interesse sollte auch die Prozeßordnung an der Aufrechterhaltung der notwendigen Streitgenossenschaft selbst haben, wenn nicht das materielle Recht den Zusammenhalt der Rechtsbeteiligten verlangt (444)? Falls aber in Sonderfällen schon dieses materielle Recht eine dementsprechende Bindung der Rechtsbeteiligten in ihrem Prozeß herbeiführt, so bedarf es einer weiteren Regelung derselben Materie durch die Verfahrensordnung nicht: Nur auf diese Weise läßt sich das Verständnis für die hier vertretene prozessuale Lösung erzielen, die nach anderen Gesichtspunkten als die übrigen Theorien abgesteckt ist (445); dann leuchtet auch ein, daß das Prozeßrecht eine Lösung für die notwendige Streitgenossenschaft überhaupt nur auf prozessualer Ebene bieten kann (446). Für eine

441) Vgl. unten S. 149 zu c), S. 152 f. sowie auch S. 242 f. zu § 2.

442) Dieser besondere Umstand ist für die Arbeit von erheblicher Bedeutung; vgl. oben S. 88/89 und auch unten S. 153 f. sowie Note 570 und S. 242 f.

443) Vgl. unten Note 447 und S. 153 f.

444) Vgl. auch unten S. 150 und dort Note 621.

445) Vgl. insbesondere oben S. 77 zu Note 294, Note 303 und S. 105 zu Note 419.

446) Vg. oben Note 222.

"Unauflöslichkeit" (447) der notwendigen Streitgenossenschaft fehlt daher jeglicher Anhalt, und alle theoretischen Überlegungen vom Fortbestehen der notwendigen Streitgenossenschaft über die jeweilige Instanz (448) hinaus sind bereits hier als spekulativ ausgewiesen. Die Prozeßordnung wird dann den ihr gestellten Anforderungen gerecht, wenn sie in Entsprechung zu den Besonderheiten des materiellen Rechts für den Fall gerüstet ist, daß eine notwendige Streitgenossenschaft eintritt und eine Entscheidung begehrt (449). Besorgt sie dann die Einheitlichkeit der Entscheidung - wie sie das materielle Recht gebieterisch (450) fordert -, so hat sie damit insoweit ihre wichtigste vom materiellen Recht gestellte Aufgabe (451) erfüllt. Dennoch kann dieses Ergebnis nicht darüber hinwegtäuschen (452), wie unvollkommen es der Gesetzgeber sich hat angelegen sein lassen, einen solchen Erfolg herbeizuführen bzw. zu sichern (453): Der Wortlaut seiner Regelung ist es ja, von dem die dargelegten Schwierigkeiten ihren Ausgang nahmen (454)!

-
- 447) Vgl. unten Note 616.
448) Vgl. hierzu unten S. 242 f.
449) Vgl. oben S. 79 zu Note 304.
450) Vgl. Lent IuJ 90/100.
451) Vgl. hierzu in Übereinstimmung damit unten S. 114 zu Note 467.
452) Vgl. oben Note 14 und unten Noten 606, 640.
453) Vgl. auch unten S. 171 f.
454) Vgl. oben S. 9, 76.

- c) Die formale und damit wertungsneutrale Struktur der vertretenen Lösung.

Gegen die hier vertretene Lösung ist auch nicht der Vorwurf zu erheben, sie sei zu formalistisch und einfach. Daran ist nur soviel richtig, daß der formale Weg zu einer Lösung meist leichter zu Ergebnissen führt, die den Schwierigkeiten ausweichen: Gerade an letzterem fehlt es hier bei vorliegendem Lösungsvorschlag. Er steht zwar fast ausschließlich auf prozessualer Ebene (455), stimmt damit jedoch weit eher mit dem Gedanken der objektiven Gerechtigkeit überein, weil er von wertungsneutralem Boden (456) aus lediglich das Ausbleiben eines Streitgenossen zur Kenntnis nimmt und dann jene prozessualen Folgerungen zieht, die zum Fortgang des Rechtsstreits und damit zur Erzielung einer einheitlichen richterlichen Entscheidung als Mindestbedingungen unumgänglich sind (457). Eine weitergehende Berücksichtigung dieses Umstandes, daß ein Genosse fehlt, nimmt die Prozeßordnung nicht vor: Solche Erwägungen sind ihr fremd, wie ein kurzer Blick in ihre einzelnen Verfahrensnormen lehrt (458). Aus dem nämlichen Grund wehrt sich die Arbeit auch ganz entschieden gegen jeden Deutungsversuch, der einem der Genossen ein Übergewicht verleihen oder absprechen will (459). Eine

-
- 455) - wie es wohl für prozessuale Probleme nicht anders erwartet werden kann -
- 456) Vgl. oben S. 88/89; auch die Grundsätze von Treu und Glauben im Prozeßrecht werden hierdurch beeinflusst (vgl. oben S. 86 f.).
- 457) Vgl. unten S. 133 vor b.
- 458) - ausgenommen ist natürlich ein prozeßverschlep-
pendes oder querulatorisches Verhalten; vgl.
Baumbach-Lauterbach, ZPO, Einleitung III, Anm. 6,
und Einführung zu §§ 279 f. ZPO.
- 459) So wohl Lent IuJ 90/63 vor § 2.

vom erschienenen Genossen vorgenommene Prozeßhandlung kann nur eine bestimmte auf den ausgebliebenen bezogene Rechtswirkung ausüben (460) und zwar o h n e Rücksicht darauf, wer von ihnen damit in den Vordergrund gestellt - d.h. begünstigt oder benachteiligt - wird. Die Gegenmeinung ist in diesem Punkte abermals zu Wertungen gezwungen (461); die Prozeßordnung wurde aber geschaffen, um dem materiellen Recht zu einem durchsetzbaren Ergebnis zu verhelfen (462), und bei dieser Aufgabe steht es ihr nicht einmal beiläufig an, irgendeiner Parteilose Lob und Tadel auszusprechen - denn nichts anderes bedeutet doch in metajuristischer Betrachtung die Frage nach dem Übergewicht eines der Genossen! -. Der Gedanke, die Handlungsweise eines der tätigen Genossen gegenüber den untätigen nur auf Grund dieses Umstandes vorzuziehen oder umgekehrt, muß folglich als völlig irreführend abgelehnt werden: Eine solche Wertung ist der Prozeßordnung gleichermaßen unbekannt wie die Überprüfung einer Prozeßhandlung nach ihrem Günstigkeitsgrad (463) oder ihrer Schutzqualität (464) für einen der Genossen. Nachdem ohnehin nicht stets die Gründe für die Untätigkeit einer Parteilose bekannt sein können, bedeutete es eine grobe Ungerechtigkeit anzunehmen, dies sei nur aus mangelhaftem Interesse am Prozeß geschehen. Mag dies auch zutreffen oder nicht, so kann dennoch nicht eine grundsätzliche Regel hieraus abgeleitet werden, die

-
- 460) Vgl. hinsichtlich ihres aufschiebend bedingten Charakters oben S. 100 f. zu § 6 und dort insbesondere Note 409.
- 461) Vgl. oben Note 456.
- 462) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Einleitung III, Anm. 2 A.
- 463) Vgl. oben S. 89 zu Note 345.
- 464) Vgl. oben S. 68.

eben wiederum der Wertungsneutralität der Prozeßordnung von vornherein widersprechen würde. Zudem müßten solche Unterstellungen auf eine Verfärbung (465) des Sachverhalts hinauslaufen, die die eigentliche Problematik ungelöst oder auf ein bestimmtes vorgefaßtes Ergebnis abzielen ließe.

d) Die Enthaltung von Ergebnissen rechtspolitischer Art.

Schließlich hat diese Wertungsneutralität auch dort den Ausschlag zu geben, wo die mangelhafte Regelung des § 62 ZPO Lücken aufweist, die nur durch eine dem Gesetzgeber vorbehaltene rechtspolitische Entscheidung für die eine oder andere Alternative ausgefüllt werden kann (466). Der hier vertretene Lösungsvorschlag hat sich lediglich zur Aufgabe (467) gesetzt - und auch streng daran gehalten -, mit den Mitteln der Prozeßordnung eine dem Gesetz entsprechende Regelung zu klären, nicht aber mit eigenen Entscheidungen neues Recht zu setzen und damit auf die Rechtsordnung in einer sie abändernden Weise einzuwirken.

e) Zusammenfassung und Stellung des Lösungsvorschlags innerhalb der aufgetretenen Theorien.

Somit rundet sich das Bild ab, das der Vorschrift des § 62 ZPO eine von ihrer Zweckbestimmung her gesehene Ordnung ihres eigenen Gefüges und damit zugleich eine

465) Vgl. unten S. 131 zu Note 530.

466) Vgl. unten Noten 636, 642.

467) Vgl. oben S. 7 f. und unten Note 547.

abgewogene Einordnung in den Gesamtbereich von materiellem und prozessualen Recht gibt. Theoretisch mag diese Lösung mehr in der Nähe der Prozeßführungsrechts-Theorie (468) stehen; daß sie aber nicht mit derselben gleichzusetzen ist, beweist am besten die dort aufgedeckte Beschränktheit ihrer Übereinstimmung mit dem materiellen Recht (469): Die mangelhafte Abgrenzung der Erstreckungswirkung gibt das Kriterium für den grundsätzlichen Unterschied zwischen diesen beiden Meinungen. Wohl ohne das Ergebnis zukünftiger Forschungen vorwegzunehmen und vor allem ohne Anmaßung muß hier deshalb die Vermutung ausgesprochen werden, daß sich Lehre und Rechtsprechung zumindest de lege lata insoweit erschöpft haben, als die unglückliche Fassung des § 62 ZPO zur Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft wahrscheinlich keine weiteren Auslegungsmöglichkeiten - als sie bisher in Lehre und Rechtsprechung bereits aufgezeigt wurden - mehr zulassen wird (470).

Dennoch hat sich bereits an dieser Stelle ergeben: Daß die genannte Vorschrift die notwendige Streitgenossenschaft *r e g e l t*, ist ein Irrtum. Richtig ist vielmehr die Umkehrung dieses Satzes: Der Begriff der notwendigen Streitgenossenschaft ist es, der die in § 62 ZPO niedergelegte Regelung - dazu noch allein in einem Einzelpunkt (471) - geprägt hat. Die Arbeit sieht aber die Bedeutung der bisherigen Erörterungen vor allem darin, daß es für die Probleme bei der Durchführung der

-
- 468) Vgl. oben S. 15 f. sowie Noten 270, 307.
- 469) Vgl. oben S. 25-28.
- 470) Damit zeichnet sich dennoch -vgl. oben Noten 28 und 422 - in gewissem Umfange eine einheitliche Konstruktion ab, wenngleich zuzugeben ist, daß sie für die Praxis unhandlich erscheinen mag.
- 471) Vgl. unten S. 118 zu Note 474.

notwendigen Streitgenossenschaft weniger auf die Klärung jener Fragen ankommt, die die Art und Weise der "Transportfunktion" des in § 62 ZPO enthaltenen Gesetzesbegriffs betreffen, sondern vielmehr auf die Erkennung des Grundsatzes der einheitlichen Entscheidung in seinen verschiedenen Differenzierungen.

Wieweit aber die Einzelergebnisse der prozessualen Konstruktion dieser Figur in ihrer Wirkungsweise und ihrem Wirkungsumfang mit dem Verfahrensablauf in seinen einzelnen Prozeßlagen übereinstimmen, bleibt nunmehr zu untersuchen.

H a u p t t e i l I I

Der Verfahrensablauf im Prozeß der notwendigen Streitgenossenschaft gemäß § 62 ZPO.

1. Kapitel

D i e K l a g e

1. Abschnitt: Die Klageerhebung.

Wenngleich der Gesetzgeber keine eigene Bestimmung der Klageerhebung bei der notwendigen Streitgenossenschaft gewidmet hat, kann deshalb hieraus nicht auf eine Problemlosigkeit dieses prozessualen Vorgangs für die notwendige Streitgenossenschaft geschlossen werden. Die Klageerhebung zählt zwar unstrittig zu den Prozeßhandlungen (472). Ohne weitere Untersuchungen über dieselben (473) kann im folgenden jedoch bereits die Frage nach der Erstreckungswirkung der Klageerhebung durch den erschienenen Streitgenossen für den säumigen beantwortet werden, obgleich sie eben -wie schon ausgeführt- von der gesetzlichen Regelung nicht angesprochen wird. Damit ist aber zugleich auch bestätigt, daß die Figur der notwendigen Streitgenossenschaft in § 62 ZPO nur

472) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 218 ZPO, Anm. 5 A; Rosenberg, Lehrbuch § 60 I 1 und § 83 II 2; Stein-Jonas, Vorbemerkung vor § 128 ZPO, Anm. IV 4b; Wieczorek, § 253 ZPO, Anm. F II, § 38 ZPO, Anm. B IIc, § 54 ZPO, Anm. A Ia.
Ob die Klageerhebung neben ihrer Prozeßhandlungsqualität auch noch materiellrechtliche Bedeutung aufweist, kann hier noch dahinstehen; vgl. aber unten Note 490.

473) Vgl. unten S. 175 f., insbesondere S. 187 f.

e i n e der vielen Regelungen sichtbar gefunden hat, die der Einheitlichkeitsgrundsatz und seine Folgerungen erfordert (474).

Dieses vorweggenommene Ergebnis ist aber nunmehr im einzelnen nachzuprüfen.

§ 1: Die prozeßeröffnende Klageerhebung.

- a) Die Klageerhebung bei Terminsversäumnis eines Genossen.

Unschwer ergibt sich aus der Vorschrift des § 62 ZPO, daß ihre Erstreckungswirkung nur für solche Handlungen angeordnet ist, die vom fleißigen Genossen innerhalb eines Termins (-bzw. einer Frist (475)-) vorgenommen werden (476). Daß eine Erstreckung hiernach im Normalfall schon deshalb scheitern muß, weil die Klageerhebung dem Prozeßtermin stets vorausgeht -eine Klageerhebung somit innerhalb des hierauf anzuberaumenden Termins undenkbar ist!-, ist unproblematisch. Die Ablehnung einer Erstreckungswirkung bezüglich der Klageerhebung beruht daher primär auf dem Fehlen einer Streitgenossenschaft überhaupt (477), und erst hilfsweise sei auf die durch ihre Vornahme mittels eines "bestimmenden Schriftsatzes" (478) oder durch Protokollerklärung nach § 500 ZPO zweifelhafte Fähigkeit dieser

474) Vgl. oben S. 106.

475) Hierüber s. unten S. 119 zu b.

476) Daraus folgert auch Samper (S. 25 zu c), daß die Klageerhebung nicht unter § 62 ZPO gefaßt werden könne, behandelt dabei aber diese Frage nur unvollständig, weil er sie nur im Hinblick auf eine Terminsversäumnis -nicht jedoch auch auf eine Fristversäumnis bezogen- aufgeworfen hat; vgl. hierzu unten S. 119 zu b.

477) Vgl. dazu ausführlich unten Note 484 und S. 120 f.

478) Vgl. oben Note 378.

Art von Prozeßhandlung, in den Wirkungskreis des § 62 ZPO zu fallen (479), hingewiesen.

- b) Die Klageerhebung bei Fristversäumnis eines Genossen.

Eine abweichende Beurteilung kann auch die Klageerhebung innerhalb einer vorgeschriebenen Frist (480) nicht erfahren; auch in einem solchen Falle ist die Erstreckung auf den säumigen notwendigen Streitgenossen abzulehnen (481). Zwar spricht das Gesetz selbst nur von der Versäumung einer "Frist" schlechthin, an die es seine besonderen Wirkungen knüpft. Ob die Unterscheidung in besondere Fristarten und insoweit eine Beschränkung seiner Anwendbarkeit auf sie hier von Bedeutung ist, kann dahingestellt bleiben (482). Denn zumindest bei der Erhebung der ursprünglichen Klage (483) ist ohne jeden Zweifel festzustellen, daß hierbei jedoch nur jene Fristen in Betracht kommen können, in welchen die Streitgenossenschaft schon *e x i s t e n t* ist. Diese einfach klingende, aber grundlegende Erkenntnis ist von erheblicher Bedeutung (484). Der Einheitlichkeitsgrund-

-
- 479) Dies fordert schon die Überlegung, daß andernfalls die wesensmäßige unjuristische Problematik der notwendigen Streitgenossenschaft - aus dem mitbeteiligten Rechtsgenossen einen Streitgenossen zu machen, d.h. zum Mitstreiten vor Gericht zu bewegen - völlig ihrer Grundlage enthoben wäre. Vgl. dazu unten Noten 547, 636.
- 480) Diese Befristung der Klageerhebung ist z.B. im Arrestverfahren denkbar (vgl. § 926 ZPO).
- 481) Vgl. oben S. 117 (a.E.).
- 482) Vgl. aber oben S. 93 f. zu b.
- 483) Soweit es sich um weitere Klagen handelt, die innerhalb einer Frist zu erheben sind, kann hier ebenfalls nichts von unten S. 129 f. zu § 2 Abweichendes gelten.
- 484) Vgl. über die Frage der Existenz und des Fortbe-

satz als wesentliche Grundlage dieser in § 62 ZPO anerkannten Rechtsfigur erfährt damit aber noch keine Ergänzung, wenn er lediglich denknötwendig voraussetzt, daß die Streitgenossenschaft überhaupt erst einmal begründet worden ist (485).

Zwar bestehen die besonderen, die Voraussetzungen für eine notwendige Streitgenossenschaft bildenden Rechtsverhältnisse des materiellen Rechts auch ohne eine Klageerhebung (486); daß aber eine Streitgenossenschaft unter den einzelnen an solchen Rechtsverhältnissen Beteiligten überhaupt erst einmal das Vorliegen eines damit befaßten Rechtsstreits erfordert (487), ergibt sich von selbst. Nachdem also logischerweise von einer Gemeinschaft in einem Rechtsstreit erst gesprochen werden kann, wenn dieser Rechtsstreit anhängig ist, muß die Klageerhebung selbst - weil gerade sie erst diese Rechtshängigkeit herbeiführt - als eine etwa der notwendigen Streitgenossenschaft zuzuschreibende Prozeßhandlung ausgeklammert werden. Die notwendige Streitgenossenschaft besteht erst nach Klageerhebung, nicht aber bereits vor oder bei der Klageerhebung (488), - denn sie

stehens der notwendigen Streitgenossenschaft unten S. 157 und 242 f. sowie hinsichtlich der Wiederaufnahmeklagen unten S. 263 f.

- 485) Weil der Umstand, daß eine Streitgenossenschaft überhaupt erst bestehen muß, weder dem Wesen dieser Prozeßfigur noch ihren tragenden Grundsätzen innewohnt, kann er nicht als eine "Ergänzung" derselben erscheinen und somit nicht zur Klärung der hier anstehenden Fragen beitragen.
- 486) Vgl. unten S. 158 zu Note 658.
- 487) Vgl. Fuhr, S. 17 zu I 4, und oben S. 97.
- 488) Denn in diesem Stadium ist die Klage noch nicht rechtshängig: Erst dann wäre ein Rechts-"streit" vorhanden, der zur Annahme einer "Streit"-genossenschaft begrifflich vor auszusetzen ist. Fehlt es nur noch an der Klagezustellung, so ist die Klage eben noch nicht "erhoben" (vgl. § 253 ZPO) und eine Streitgenossenschaft - folglich auch eine

ist eine für den Prozeß a b l a u f geschaffene Figur der Verfahrensordnung. Auch hier will der Gesetzgeber für die insoweit vorliegenden besonderen Gemeinschaftsverhältnisse des materiellen Rechts dem Untätigen nicht eine ihm auch dort nicht zukommende Führungsrolle gewähren: Erst wenn der Prozeß läuft, greift die Bestimmung des § 62 ZPO ein. V o r h e r (489) aber kann nicht die Prozeßordnung darüber befinden, ob die Klageerhebung des Untätigen zu erzwingen ist. Dies widerspräche ihrer Zweckbestimmung; auf dieses Rechtsgebiet - Prozeßführung stellt die Ausübung der Verwaltung im materiell-rechtlichen Sinne (490) dar - ist ihr ein Einwirken verwehrt.

- c) Die Bedeutung der Klageerhebung bei den beiden Alternativen des § 62 ZPO.

Diese Erwägungen kommen eigentlich nur bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft zum Tragen, weil bei

Erstreckungswirkung! - nicht möglich.
Vgl. für diese Frage in Zusammenhang mit der
"Klage"-rücknahme LG Wuppertal NJW 1957/1884.

- 489) V o r Anfang des Prozesses kann die notwendige Streitgenossenschaft nicht entstehen (so Zimmermann, S. 33; Kisch, S. 22; Levetzow, S. 36)! N a c h Klageerhebung aber das Eingreifen des § 62 ZPO grundsätzlich aufzuschieben (-vgl. Hachenburg, S. 41 f.-), entbehrt jedoch jeglicher Grundlage.
- 490) "Das Prozeßführungsrecht ist ein Teil des Verwaltungsrechts ... und kann im Ergebnis der Verfügung gleichkommen. Die Wirkung eines die Klageabweisung aussprechenden Urteils steht durch die sachliche Rechtskraft der Verfügung über das Recht gleich" (Lent IhJ 90/30).
Um aber nicht mit dem förmlichen Begriff der "Verfügung" in Konflikt zu kommen, genügt es hier, die Prozeßführung als Verwaltung zu kennzeichnen (-vgl. in Übereinstimmung damit Palandt-Gramm, § 705 BGB, Anm. 7a, Abs. 3 Mitte, § 744 BGB, Anm. 2

diesen Fällen des zweiten Alternativbestandes (491) durch den Ausschluß der Einzelklage und des daraus herzuleitenden Drucks zur gemeinschaftlichen Klageerhebung gerade durch die Möglichkeit der Säumnis eines der Genossen (492) dann die ordentliche Erhebung der Klage vereitelt würde. Obgleich sie somit bei den Fällen der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft (493) durch die Säumnis eines der Genossen unbehelligt bliebe und deshalb mangels eines rechtlich anzuerkennenden Bedürfnisses zur Erstreckung auf den untätigen Genossen die Anwendung des § 62 ZPO ausscheidet, gilt - wenn auch aus anderen Gründen (494) - bei der erstgenannten Art der notwendigen Streitgenossenschaft gleichfalls nichts anderes. Es ist daher nicht möglich, daß die Erhebung der den Prozeß eröffnenden ursprünglichen Klage überhaupt

a.E., und § 747 BGB, Anm. 3 a.E., sowie oben Note 326-) und damit auf die Grenzen der Verwaltung zu verweisen (-vgl. hierüber oben Note 329 und unten Note 511); Prozeßführung ist nicht Verfügung (Lux, S. 35). Im übrigen ist aber zu beachten, daß zur Untersuchung des Wesens einer Vorschrift ihre Überprüfung nicht auf eigene und fremde - wenn auch gleichstehende - Wirkungen allein beschränkt werden darf. Auch die "Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich", I/379, sehen in der Prozeßführung nicht "eine Verfügung über den in Streit befangenen Gegenstand, sondern einen auf dessen Erhaltung gerichteten Verwaltungsakt"; a.A. Lux, S. 36; Medicus, S. 87.

491) Vgl. oben Note 142.

492) Von Streitgenossen zu sprechen, ist in diesem Stadium der Klageerhebung an sich irreführend, weil ja erst der Erfolg dieser Handlung die zukünftige Streitgenossenschaft eintreten läßt. Diese Bezeichnung wird aber trotzdem beibehalten, weil die andere Formulierung als "Beteiligte" demgegenüber recht farblos erscheint.

493) Vgl. oben Note 141.

494) Vgl. oben S. 118 f. zu § 1a, b.

nach § 62 ZPO mit Wirkung für einen untätigen notwendigen Streitgenossen vorgenommen werden könnte, - gleichviel, welche Fallalternative dieser Vorschrift vorliegt. Fordert das materielle Recht die Klage aller Rechtsbeteiligten, die die Voraussetzung zur Bildung einer notwendigen Streitgenossenschaft erfüllen, so muß eben diese Klage wirklich von allen diesen Rechtsträgern erhoben werden, weil die Erstreckungswirkung aus § 62 ZPO nicht eingreifen kann (495).

- d) Einzel- oder Gemeinschaftsklage als Frage der Zulässigkeit oder Sachlegitimation.

Aus der Nichtanwendbarkeit der Erstreckungswirkung (496) auf die Erhebung der ursprünglichen Klage ergibt sich die weitere Frage, ob diese Handlung "gemeinschaftlich" von allen Streitgenossen miteinander erfolgen muß, - mit anderen Worten: ob es sich hierbei um mehrere Klagen der einzelnen Genossen oder aber um eine einzige, sozusagen "Gemeinschaftsklage" aller handelt (497).

aa) Erste Alternative des § 62 ZPO.

In diesem Fall ist die Lösung auf Grund der Zulässigkeit der Einzelklage bereits klar vorgezeichnet. Bei einer dogmatischen Nachprüfung ist diese Frage aber dennoch nicht mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Prozeß-

-
- 495) Daraus ergibt sich eine weitere Frage, die im Zusammenhang mit dem Legitimationsproblem -vgl. unten S. 123 zu d - zu erörtern ist.
- 496) Vgl. oben S. 117 f.
- 497) Dieser Frage wird zumeist nur geringe Beachtung geschenkt - zumindest unter diesem Gesichtswinkel-, obschon ihre Beantwortung ein wesentliches Problem aufwirft; vgl. unten S. 129 zu Note 523.

mehrheit (498) zu beantworten. Denn konnte diese Mehrheit von parallel liegenden Prozeßverhältnissen in einem Verfahren nicht durch die Anzahl der erhobenen Klagen (-oder Klageanträge-) beeinflußt werden (499), so ist es auch nicht möglich, umgekehrt von der Prozeß- auf die Klagenmehrheit zu schließen. Abgesehen davon, daß es sich hierbei um ausschließlich prozeßrechtliche Begriffe handelt, muß zunächst vom Prozeßsubjekt - jenen Personen, die das Verfahren auslösten und beherrschen - ausgegangen werden: Grundsätzlich bringt den Prozeß dieses Prozeßsubjekt mittels seines Rechtsschutzgesuches in Gang. Weder die Einrichtung der notwendigen Streitgenossenschaft selbst noch ihre differenzierende Regelung in ihren einzelnen Grundsätzen erfordern es, Ausnahmen von diesem Gedankengang zu suchen, solange nicht ein weiteres hinzutritt, das eine derartige Forderung begründen könnte (500). Für die notwendige Streitgenossenschaft der ersten Alternative des § 62 ZPO muß daher die Feststellung genügen: Die Klage wird dort von jedem Genossen einzeln erhoben; weil sie von jedem allein ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage prozessual zulässig ist, handelt es sich nicht um eine einzige Gesamtklage, sondern stets um mehrere Einzelklagen.

bb) Zweite Alternative des § 62 ZPO.

Ein anderes ist jedoch bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft - jener des zweiten Alternativtatbestandes in § 62 ZPO - anzunehmen. In diesen Fällen bildet hauptsächlich das materielle Recht die Grundlage

498) Vgl. oben S. 58 f.

499) Vgl. oben Noten 229, 231.

500) - gemeint ist hier der Fall der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft, in dem das Gesetz selbst dieses Problem anspricht; vgl. unten S. 124 zu bb-

dafür, daß nur mehrere im dargelegten Sinne Rechtsbeteiligte zusammen oder gemeinsam klagen dürfen oder verklagt werden können (501). Allein aus den allgemein gebrauchten Formulierungen der Gesetze und des Schrifttums (502) kann noch nichts für die Lösung dieses Problems hergeleitet werden; gleichsam als sprachliche Abkürzung ist einmal von "gemeinsamen Klagen", zum anderen wieder von der "Klage mehrerer" die Rede. Deshalb ist versucht worden, die Zahl der von den Genossen gestellten Anträge zum Ausgangspunkt zu nehmen (503): Es stelle nicht jeder einzelne Genosse einen eigenen Antrag, sondern es gebe nur einen Antrag, den alle zusammen stellten.

Jedoch verkennt auch diese Ansicht nicht ihre Mängel, wenn der "eine" Antrag der mehreren Genossen durch deren mehrere Prozeßbevollmächtigte gestellt und damit "verschleiert" wird (504). Deshalb kann es auf die äußere und inhaltliche Einheit des Antrags oder der wenigstens inhaltlichen Identität der mehreren Anträge nicht ankommen (505); überdies ließe sich nicht ohne allzu große Schwierigkeiten die Möglichkeit denken, daß jeder einzelne Genosse einen eigenen Antrag stellen könnte, jedoch nur die Gesamtheit aller dieser Anträge von prozessualer Wirksamkeit seien (506): Aus den zahlreichen "ich bean-

-
- 501) Vgl. die Übersicht der wichtigsten, zur Gruppe der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft zählenden Fälle bei Schwab, Lent-Festschrift, S. 297 zu IV 2b, und Lent IhJ 90/47 zu § 5.
- 502) z.B. Schönke, § 26 III 1: "Regelmäßig ist die Streitgenossenschaft die Folge einer gemeinschaftlichen Klage".
- 503) Vgl. Lent, IhJ 90/32.
- 504) Vgl. Lent, IhJ 90/32, dort Note 1.
- 505) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 276 zu II/3.
- 506) Vgl. hierzu Rosenberg, Lehrbuch § 95 I 2:
Nach der vertretenen Meinung würde der Streit-

trage" der einzelnen Genossen würde sich - gleich einem Mosaikstein, der mit anderen erst zusammengefügt werden muß!- das Gesamtbild eines einzigen "wir beantragen" ergeben, - was letztlich im Grunde bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft der tatsächlichen Situation am nächsten kommt. Denn entscheidend (507) ist in allen diesen Fällen, daß hier Rechte geltend gemacht werden, die nur allen Klägern bzw. Beklagten g e m e i n s a m zustehen: Alle machen ihr gemeinsames Recht geltend, nicht jeder einzelne sein eigenes (508). Dies ergibt schon das materielle Recht daraus, daß den hier zu überprüfenden Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft stets gesamthandsähnliche Gemeinschaftsverhältnisse zugrunde liegen (509). Insoweit könnte sich dieser Umstand ausschließlich in der Klagebegründetheit bzw. -unbegründetheit äußern (510). Nachdem aber das Gesetz trotzdem in diesen einzelnen Fällen zusätzlich jeweils ausspricht, daß nur a l l e gemeinsam klagen bzw. verklagt werden können, muß dieser auffallenden Besonderheit auch eine eigene (- der Besonderheit adäquate -)

gegenstand dort durch einen Einzelantrag als nur unvollständig umrissen zu betrachten sein; ob eine derartige Betrachtungsweise fruchtbar ist, kann hier aber dahingestellt bleiben. Zudem hat die Arbeit nicht Streitgegenstandsfragen zu untersuchen.

507) Vgl. oben Note 505.

508) Vgl. oben Noten 505, 506; ebenso BGH NJW 1959/1684-Nr. 2.

509) Vgl. oben Note 151 und S. 42 f.

510) Wenn ein mehreren Rechtsträgern nur gemeinschaftlich zustehender Anspruch geltend gemacht wird -somit nur diese zusammen sachlich hierzu legitimiert sind-, müßte in dem nur durch bzw. gegen e i n e n einzelnen Rechtsträger geführten Prozeß die Klage sachlich - mit Rechtskraftwirkung in der Sache selbst - abgewiesen werden (Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 50 ZPO, Anm. 4A); vgl. auch oben Note 92 und Samper, S. 8.

Bedeutung zukomme; eine andere Auslegung, die darin nur eine bloße Wiederholung dessen sähe, was das materielle Recht bereits dogmatisch den genannten Gemeinschaftsverhältnissen beigelegt hat, könnte gegenüber diesen Gedankengängen nicht befriedigen. Zudem deutet schon der Wortlaut auf die prozessuale Seite dieser Besonderheit hin (511), so daß der Schluß sich aufdrängt, es handele sich hierbei *n i c h t* um die Sachbefugnis (512), sondern um das Prozeßführungsrecht (513) über den allen gemeinsam zustehenden materiell-rechtlichen Rechtsanspruch: Denn es bezeichnet das Recht, einen bestimmten Prozeß als richtige Partei zu führen (514). Nichts anderes als eine scharfe Trennung zwischen der materiellen Rechtszuständigkeit und der Eigenschaft der richtigen Partei (515) im Prozeß kann aber doch das Gesetz gemeint haben, wenn es *n e b e n* der gemeinsamen materiell-rechtlichen Rechtsträgerschaft zugleich auch eine prozessual wirkende Gemeinschaftlichkeit der Beteiligten

-
- 511) Denn das Gesetz spricht nicht von der Geltendmachung oder dem Zustehen des Rechts, sondern von der *K l a g e* (vgl. § 197 AktG.) bzw. dem Klageantrag (vgl. §§ 133, 140 HGB)! Darin liegt kein Widerspruch zu der oben (Note 490) vertretenen Ansicht, daß die Klageerhebung einer materiell-rechtlichen Verfügung gleichgesetzt werden könne. Denn Prozeßführung *i s t* keine Verfügung (vgl. Lux, S. 35; und oben Note 313), sondern die bloße begriffliche Zusammenfassung der einzelnen Prozeßhandlungen.
- 512) Vgl. zur Vermeidung von begrifflichen Mißverständnissen Rosenberg, Lehrbuch § 45 I 2.
- 513) Samper, S. 7, unterliegt demselben Vorwurf, während Fuhr, S. 2, mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmt. Vgl. auch oben Note 512.
- 514) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 50 ZPO, Anm. 4 A; Rosenberg, Lehrbuch § 45 I 1; Nikisch, § 31 IV 1 und § 110 I 1.
- 515) Vgl. Lux, S. 28; BGH NJW 1962/636.

ausdrücklich postuliert. In diesen Sonderfällen (516) sind somit auf Grund jener einzelnen positiv-rechtlichen Gesetzesanordnungen nur alle Rechtsträger zusammen die richtige Partei (517): folglich muß die Klage des einzelnen bzw. gegen ihn als unzulässig (518) durch Prozeßurteil abgewiesen werden (519). Diese Abweisung "verneint nicht das vom Kläger behauptete Recht, sondern spricht nur aus, daß ohne Zuziehung der Mitbeteiligten über das Recht nicht entschieden werden darf" (520). Richtig ist zwar, daß ihm das streitige Recht nicht allein zusteht und dieser Mangel nur im materiellen Recht begründet ist (521). Nicht übersehen werden kann aber der nach prozessualer Logik aufgestellte Grundsatz, daß als Prozeßvoraussetzung das Prozeßführungsrecht vor der Sachlegitimation zu prüfen ist (522): Deshalb kann zwangsläufig dieser materiell-rechtliche Mangel sich nicht mehr im Klagegrund äußern,

-
- 516) Vgl. oben Note 509, 501.
- 517) So Rosenberg, Lehrbuch § 95 I 1b. Dies darf jedoch nicht zu der irrtümlichen Auffassung führen, die Streitgenossenschaft als solche bilde eine eigene Parteiperson (vgl. unten Note 1005 und S. 279 zu Note 1271).
- 518) Vgl. auch Schwab, Lent-Festschrift, S. 286 (a.E.).
- 519) Vgl. oben Note 514. Auch Lent, IhJ 90/65 zu II, 90/97 zu 3 und 90/68 vor II geht deshalb von dem Prozeßführungsrecht - nicht der materiellen Sachbefugnis - der Genossen aus.
- 520) So ausdrücklich Lux, S. 101 zu 2; vgl. aber auch unten Note 523.
- 521) Darin ist ohne weiteres Samper, S. 8, zuzustimmen; obgleich er sich auch der Unterscheidung zum Prozeßführungsrecht bewußt ist, erkennt er jedoch leider nicht, daß hier nach der richtigen Gesetzesauslegung die Annahme einer Sachbefugnis (-Sachlegitimation-) ausscheiden muß.
- 522) Vgl. oben Note 514 und Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B Ic.

sondern muß schon zur Klageabweisung - ohne Eingehen auf die umstrittene Rechtssache selbst - von vornherein führen. Damit ist hier gleichzeitig auch eine der in der Wissenschaft recht gegensätzlich entschiedenen Streitfragen beantwortet worden (523).

§ 2: Die prozeßausdehnende Klage.

Schwieriger hingegen gestaltet sich dieses Problem der Erstreckungswirkung bei jenen Klagen, die ihrem Wesen nach innerhalb eines Termins bzw. einer Frist erhoben werden können wie die Zwischenfeststellungsklage (524), die Widerklage (525) und die Zwischenfeststellungswi-

-
- 523) a.A.:
Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 3 A und § 50 ZPO, Anm. 1; Medicus, S. 83 f.; Seuffert-Walshmann, § 62 ZPO, Anm. 2; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. III und V 4 (a.E.); Wolff, S. 9;
wie hier:
BGH NJW 1959/1684 und 1962/633; BVerwG NJW 1956/1295; Fuhr, S. 2 (vor § 2); Hellwig, System I, § 123 Anm. 1 und § 124 I 1; Lent IhJ 90/65; Levetzow, S. 33 (zu § 5); Lux, S. 101 zu 2 (-wenn auch zunächst unklar, vgl. dazu aaO., S. 2, 30 zu 6-); Nikisch, § 110 zu I 1; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 1b; Schwab, Lent-Festschrift, S. 295 zu IV 2a, bb, und S. 286 zu III 3; Wieczorek, § 62 ZPO Anm. B I c2.
- 524) In systematischer Hinsicht ist bei der Zwischenfeststellungsklage nach § 280 ZPO zu beachten, daß sie - seitens des Beklagten erhoben - einen besonderen Fall der Widerklage darstellt, seitens des Klägers aber eine Zusatzklage in Form der Anspruchshäufung und somit eine Klageänderung ist (vgl. Baumbach-Lauterbach, § 280 ZPO, Anm. 1 A a. E.); bea. auch unten S. 137.
Diese Unterscheidung ist jedoch bei der notwendigen Streitgenossenschaft ohne Bedeutung.
- 525) Die Widerklage hat in diesem Zusammenhang eine in der Literatur geteilte Meinung hervorgerufen, was auf die Zulassungsfrage bei der inkonnexen Wider-

derklage. Denn hier scheint zunächst festzustehen, daß die Erhebung derartiger inzidenter Klagen - als Prozeßhandlung bei schon existenter notwendiger Streitgenossenschaft - vom Geltungsbereich des § 62 ZPO erfaßt wird und deshalb so zu betrachten ist, als ob sie von allen Genossen - sowohl dem erschienenen als auch den ausgebliebenen - vorgenommen worden wäre. Dem überwiegenden Teil der Rechtsmeinungen (526) entspricht dies aber ebensowenig wie der hier vertretenen Ansicht (527). Zunächst fällt schon der Einfluß des Problems der unterschiedlichen Vornahmemodalität (528) auf: Es wäre gerade in diesem Falle der Erhebung von derartigen Inzidentklagen unerträglich für den gesetzlichen Zweck des § 62 ZPO, die Einheitlichkeit der Entscheidung zu wahren (529), wenn es sich nach dem Willen des tätigen Genossen richten müßte, ob diese weitere Klage auch für den säumigen oder ausschließlich für ihn als den erschienenen Genossen allein erhoben sei!

Wenn trotzdem die Arbeit zu einer Lösung kommt, kann es jedoch nicht angehen, diese Überlegungen zugunsten von

klage zurückzuführen ist. Aber auch die Gegner der hier vertretenen Nichtanwendbarkeit der Erstreckungswirkung verlassen ihre Ansicht bei dieser inkonnexen Widerklage (-vgl. Samper, S. 30, 31; Kisch, S. 65-).

Nachdem hier aber aus der fehlenden oder bestehenden Konnexität zwischen den Ansprüchen der ursprünglichen Klage und der Widerklage kein Unterschied für die notwendige Streitgenossenschaft herzuleiten ist (-vgl. unten S. 133-), ist die Unhaltbarkeit jener Ansicht auch für die konnexe Widerklage nachgewiesen.

526) Vgl. dazu Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 a/bb; Fuhr, S. 17 f.; Hellwig, System I § 123 V 2b; Kisch, S. 65; Levetzow, S. 74; Samper, S. 29; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3b; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Cb.

527) Vgl. oben S. 117.

528) Vgl. oben S. 96.

529) Vgl. oben Note 6 und S. 36.

Sachverhaltsfärbungen hintanzustellen, die die aufgeworfenen Probleme nicht lösen, sondern einfach übergehen (530)!

- a) Der materiellrechtliche Zusammenhang des prozeßausdehnenden Klageanspruchs mit der ursprünglichen notwendigen Streitgenossenschaft.

Das jeglicher Subjektivität fremde (531) Prozeßrecht unterstreicht vielmehr das hier vorgetragene Ergebnis noch mit den Erwägungen, die sich aus der grundsätzlichen Einheitlichkeit des Streitgegenstandes (532) ergeben: In gleicher Weise nämlich, wie die Einheitlichkeit der Entscheidungen von der Einheitlichkeit des Streitgegenstandes abhängt (533), kann in Umkehrung dieses Satzes gefolgert werden, daß der Umfang der - zu dieser Entscheidung erforderlichen - Erstreckung in seiner Begründung und Abgrenzung abhängt vom Umfang des - die notwendige Streitgenossenschaft bildenden - Streitgegenstandes. Denn der Rahmen des § 62 ZPO reicht nur soweit wie die ursprüngliche Klage (534). Dem völlig entgegengesetzt

-
- 530) -auch hierauf wurde bereits verwiesen, vgl. oben S. 98 zu Note 389: Würde nämlich aus der Erwartung, der erschienene Genosse sei auf Grund der gemeinschaftlichen Rechtslage ohnehin zu nur allen Mitbeteiligten günstig erscheinenden Prozeßhandlungen veranlaßt, die gegenteilige Meinung vertreten werden (-ganz abgesehen davon, daß sie aus dem Aufbau des § 62 ZPO nicht haltbar ist!-), so könnten ihre Gegner ebenso überzeugende Fallkonstellationen anbieten, die für sie sprächen! Mit Fallkonstruktionen ist aber für die hier vorzunehmende dogmatische Durchleuchtung der notwendigen Streitgenossenschaft nicht gedient. -
- 531) Vgl. oben S. 88/89, 112 f.
- 532) Vgl. oben S. 48 zu Note 176.
- 533) Vgl. oben Note 532.
- 534) Vgl. dazu Kisch, S. 65 (-für die Klageänderung-); Wachenfeld, S. 135.

ist daher die Ansicht, die Erstreckungswirkung beziehe sich auch auf solche miteingeklagte Ansprüche, die n i c h t eine notwendige Streitgenossenschaft unter den Streitgenossen zu begründen vermochten (535). Doch scheint es aber demgegenüber schon anhand der Denkgesetze begriffswidrig, daß eine auf besondere Voraussetzungen aufbauende Sondernorm mit entsprechendem Wirkungskreis weiterhin anwendbar bleiben könnte, wenn sich das ihr sachverhältnismäßig unterworfenene Rechtssubjekt mittels sachverhalts a b ändernden Maßnahmen außerhalb dieser Voraussetzungen stellt! Es muß deshalb nochmals hervorgehoben werden: Die Vorschrift des § 62 ZPO besorgt nach dem Willen des Gesetzgebers die Einheitlichkeit der Entscheidungen nur auf jenem Gebiet, welches zur Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft geführt hat; nur in diesem Rahmen kann daher die Säumnis eines Streitgenossen als ihren ursprünglich vorgezeichneten Prozeßfortgang n i c h t hindernd betrachtet werden. Wird aber dieser Rahmen überschritten, so kann

535)

So BGH LM (2) § 62 ZPO und Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 A b, sowie Rosenberg, Lehrbuch § 132 I 2a (a.E.), für den Fall der Berufungseinlegung, der aber wegen seiner systematischen Zugehörigkeit zu vorliegendem Problem hier mitzubehandeln ist. An dieser Entscheidung ist zu beanstanden, daß sie uneingeschränkt von einer "Vertretung des säumigen Streitgenossen durch den nichtsäumigen" ausgeht, ohne überhaupt das Problem des Umfangs dieser Erscheinung auch nur zu erwähnen! Überdies wird ihre im Leitsatz geäußerte Ansicht weder durch diesen Hinweis noch durch den angezogenen § 534 Abs. I ZPO gestützt, der die Rechtskraft des angegriffenen Ersturteils doch ohnehin nur nach dem Umfange des Rechtsmittelangriffes hemmt. Ob eine vom fleißigen Genossen vorgenommene Handlung auch für den säumigen wirkt, kann letztlich nur nach dem Medium des gemeinsamen Urteils betrachtet werden. Ist nur bei einem der Klageansprüche die Streitgenossenschaft eine notwendige, so sind insoweit divergierende Entscheidungen bei den anderen zulässig - ein Einheitlichkeitsgrundsatz besteht für sie nicht - (ebenso Levetzow, S. 75 vor § 2).

zur Anwendung des § 62 ZPO und damit zum Eingreifen der Erstreckungswirkung kein Raum mehr sein (536). Weiter will - und kann! - auf Grund ihrer Zweckbestimmung diese einzige dem Gesetz zu entnehmende Vorschrift des § 62 ZPO für die Rechtsverhältnisse der notwendigen Streitgenossenschaft *n i c h t* eingreifen, ohne daß ihrem inneren Gehalt Zwang angetan würde. Damit findet das oben vorweggenommene Ergebnis (537) der Unanwendbarkeit der Erstreckungswirkung bei der Klageerhebung seine Bestätigung (538).

b) Die Bedeutung der "Sachdienlichkeit" des prozeßausdehnenden Klageanspruchs.

Dennoch ist es nicht unversucht geblieben, diese Ansicht zu widerlegen (539). Zwar soll nicht bestritten werden, daß diese hier behandelten Klagen wohl stets in einem wirtschaftlichen, ja zumeist sogar rechtlichen Zusammenhang mit der ursprünglichen, die notwendige Streitgenossenschaft begründenden Klage stehen werden (540). Um aber die Anwendung des § 62 ZPO zu erreichen, kann

536) Vgl. oben Note 534.

537) Vgl. oben S. 117 f. Diese Lösung entspricht zugleich auch der hier vertretenen streng prozessualen Konstruktion der notwendigen Streitgenossenschaft in ihren Wirkungen (vgl. oben S. 106 f.).

538) Ob die neu erhobene Klage wenigstens für den Rechtsbereich des tätigen Genossen wirksam ist, ist eine außerhalb der hier behandelten Problematik zu beantwortende Frage, die nicht mehr zu den eigentlichen bei der notwendigen Streitgenossenschaft auftretenden prozessualen Problemen zählt; vgl. hierzu unten S. 152, sowie Fuhr, S. 18; Samper, S. 28; Wolff, S. 18/19.

539) Vgl. Fuhr, S. 18; Samper, S. 27; wie hier: Wolff, S. 19.

540) - daß beide miteinander "gar nichts mehr zu tun" hätten (Samper, S. 27), wird hier keineswegs behauptet! -
Vgl. auch § 280 ZPO.

dieser Umstand allein keineswegs genügen: Die festumrissenen Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift sind ganz anderer Art, als daß die daraus hergeleitete Erstreckungswirkung schon bei wirtschaftlichem bzw. rechtlichem Zusammenhang im Sinne von § 264 ZPO eingreifen könnte (541). Mag auch richtig sein (542), daß der neu erhobene Anspruch der Weiterführung des Prozesses in geeigneter Form dienen und so die Herbeiführung des Endziels fördern kann, und mögen auch die bisherigen Erörterungen im Prozeß hierzu verwertet werden, so kann dies dennoch **n i c h t** darüber hinwegtäuschen, daß der Rahmen des § 62 ZPO durch die neue Klage gesprengt würde: Denn der ursprüngliche Prozeß wird nicht gemäß seinem ursprünglich vorgezeichneten Ablauf weiterbewegt, sondern durch einen neuen prozessualen Anspruch gleichsam in eine andere - nämlich von jener verschiedenen - Bahn versetzt; die Entscheidung wird damit nicht mehr von der ursprünglichen Kausalkette des Sachvortrags getragen, sondern unter Abbruch dieser Kausalität auf Grund eines mit dem ursprünglichen Sachverhalt unidentischen Prozeßstoffes gefällt.

Es ist daher ein Trugschluß zu meinen (543), jene die Einheitlichkeit des Streitgegenstandes aufhebende Wirkung einer weiteren Klageerhebung werde durch Anwendung des § 62 ZPO vermieden. Zwar ist darin zuzustimmen, daß gerade die Nichtanwendung dieser Vorschrift die Einheitlichkeit ursächlich aufhebt (544), aber **o b** hier § 62 ZPO zu recht angewendet werden kann, steht zur

-
- 541) Mit Recht weist deshalb Lent IJH 90/67 (dort Anm. 3) darauf hin, daß die hier zu prüfende Frage anderer Art ist als die Frage der Sachdienlichkeit!
- 542) Vgl. Samper, S. 27 bzw. 29.
- 543) Vgl. oben Note 542.
- 544) Vgl. auch Kisch, S. 65 f.

Debatte,- nicht jedoch die Folgen für den Fall, daß er angewendet wird (545)! Letztlich ist auch zu bedenken, daß durch das neue Klagebegehren die ursprüngliche Klage dergestalt eine Veränderung erfährt, daß sie insoweit nicht mehr als existent betrachtet werden kann; durch diese Aufhebung des alten Streitverhältnisses wird der nichterschienene Genosse seiner bisherigen prozessualen Lage enthoben und in eine neue, andere Lage versetzt: Während also nach der hier vertretenen Ansicht der gesetzgeberische Zweck des § 62 ZPO in der Fortbewegung der Prozeßlage des säumigen Genossen gesehen wurde - um die Einheitlichkeit der Entscheidung zu garantieren - , müßte nach der Gegenmeinung diese Vorschrift ein völliges "Umsteigen" dieses Genossen beabsichtigen (546): Eine solche opportunistische Auslegung der Vorschrift des § 62 ZPO je nach den Erfordernissen des Sachverhalts wird hier allerdings abgelehnt.

Ob der inhaltliche Zusammenhang beider Klagen, der die Anwendbarkeit des § 62 ZPO allein nicht rechtfertigt, dieses Ergebnis als allgemein befriedigend erscheinen läßt, ist eine hier nicht zu erörternde rechtspolitische Frage (547). Immerhin steht fest, daß die angeführten Gründe die Gegenmeinung jedenfalls de lege lata nicht zu stützen vermögen, - und nur dies kann hier interessieren.

545) Vgl. Samper, S. 28, der diese Umkehrung der Problemstellung völlig verkennt.

546) Vgl. Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 bb; Kisch, S. 65; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3 b; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 C b; Wachenfeld, S. 137; Wolff, S. 18.

547) Eine Entscheidung nach der materiellen Interessenlage hat die Arbeit wiederholt abgelehnt, da sie dem Gesetzgeber vorbehalten ist. Hier ist lediglich die Aufgabe gestellt, mit den vom Gesetz bereitgehaltenen Mitteln eine dem Gesetz entsprechende Klärung einer Rechtssituation herbeizuführen. Vgl. zur Sache selbst auch Fuhr, S. 18 zu 2).

2. Abschnitt: Die Klageänderung.

§ 1: Klageänderung seitens des erschienenen Genossen.

Die Änderung der Klage bedeutet stets eine Änderung ihres Streitgegenstandes (548). Wird dies nicht in Frage gestellt, so kann ebensowenig angezweifelt werden, daß damit ein vom ursprünglichen Prozeß verschiedener und insoweit neuer Rechtsstreit begründet wird (549). Weil daher die Klageänderung nach ihrer tatsächlichen Wirkung wie die Erhebung einer neuen Klage zu beurteilen (550) ist, muß auch der für letztere oben (551) herausgearbeitete Grundsatz der Unanwendbarkeit des § 62 ZPO für die Klageänderung gelten (552).

Nachdem aber die nachträgliche Anspruchshäufung nach

-
- 548) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 264 ZPO, Anm. 2 A; Rosenberg, Lehrbuch § 88 II 3 b - beta - .
Dies gilt unabhängig von der Beurteilung des Begriffs des Streitgegenstandes (vgl. oben Note 176).
- 549) Vgl. Wolff, S. 18 zu e.
- 550) Vgl. Samper, S. 26; Fuhr, S. 17 zu II.
- 551) Vgl. oben S. 117 f.
- 552) Dies entspricht der h.M.; vgl. u.a.:
Fürster-Kann § 62 ZPO, Anm. 4 a/bb; Kisch, S. 65; Levetzow, S. 80; Medicus, S. 62; Samper, S. 28; Seuffert-Walshmann, § 62 ZPO, Anm. 3 b; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 C b und § 264 ZPO, Anm. 5;
a.A.: Fuhr, S. 18 zu 2; Hachenburg, S. 43; Hellwig Lehrbuch III, S. 161; Lent IuJ 90/67 f. (-vgl. dazu unten Note 555-); OLG Köln ZJP 7/95 (-diese Entscheidung ist - wenngleich ohne Begründung - deshalb interessant, weil sie die Schwierigkeiten dieser Ansicht in der Frage aufzeigt, ob die Wirksamkeit der Klageänderung seitens des erschienenen Genossen auch in der Berufungsinstanz für diesen weiterhin bindend bleibt; ihre Bejahung würde gegen den Grundsatz verstoßen, daß die "Erstreckungswirkung" erst mit dem einheitlichen Urteil eingreifen kann (-vgl. oben Note 293-), während doch gerade dieses in der Berufungsinstanz angegriffen wird!-).

§ 260 ZPO dogmatisch ebenfalls zur Klageänderung zu zählen ist (553), gilt für sie dasselbe: Diese Prozeßhandlungen können nicht in den Wirkungskreis des § 62 ZPO fallen und deshalb nicht von dessen Erstreckungswirkung erfaßt werden (554). Beide Fallalternativen des § 62 ZPO machen hierin keinen Unterschied (555).

§ 2: Klageänderung seitens des Gegners des erschienenen Genossen.

Die für die Klageänderung durch den Gegner erforderliche Einwilligung (556) des erschienenen Genossen (§ 264 ZPO)

- 553) - da sie (-ausgenommen den Fall der Erweiterung mittels einer Zwischenfeststellungsklage, vgl. Baumbach-Lauterbach, § 260 ZPO, Anm. 1-) den ursprünglichen Streitgegenstand ebenfalls ablöst (vgl. Baumbach-Lauterbach, § 264 ZPO, Anm. 2 A a.E.) -
- 554) Vgl. dazu die Bedenken aus der unterschiedlichen Vornahmemodalität (oben S. 96 f.), da sowohl die Klageänderung als auch die nachträgliche Anspruchshäufung neben ihrer Erhebung im Termin auch durch einen "bestimmenden Schriftsatz" geltend gemacht werden können (vgl. Baumbach-Lauterbach, § 281 ZPO, Anm. 1b, e; Rosenberg, Lehrbuch § 92 I 2a).
- 555) Soweit für die konkret-notwendige Streitgenossenschaft von Lent, IhJ 90/67 zu § 3 I, sowie Hellwig, Lehrbuch III, S. 161, dies damit begründet wird, daß es sich hier um die Gemeinschaftsklage aller Genossen handle -was an sich richtig ist (vgl. oben S. 123 zu d)-, kann ihnen aus den unten zu S. 144 f. dargelegten Gründen nicht gefolgt werden.
- 556) In diesem Zusammenhang kann jedoch nicht als Argument vorgebracht werden, diese Erstreckungswirkung umfasse deswegen auch die Klageänderung, weil zumindest im Falle ihrer sachdienlichen Zulassung durch das Gericht bei Anwesenheit aller Genossen die prozessuale Lage ja ohnehin dieselbe wäre (-so Samper, S. 28, der dabei wohl irrtümlich von "Vertretungsmacht" spricht!-) und sie deshalb die sachdienliche Zulassung auch nicht hätten verhindern können.
Eine solche Feststellung setzt aber doch zunächst

ist eine Prozeßhandlung (557) und als solche scheinbar geeignet, an der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO teilzunehmen. Es müßte jedoch als willkürlich und bar jeglichen verständlichen Grundes bezeichnet werden, wenn die vom tätigen Genossen vorgenommene Veränderung des die notwendige Streitgenossenschaft ursprünglich begründenden Streitgegenstandes für unzulässig, hingegen die mit Einwilligung dieses Genossen vom Gegner vorgenommene Veränderung im nämlichen Punkte aber für zulässig gehalten würde. Denn daß in beiden Fällen der Kern der die notwendige Streitgenossenschaft schaffenden Umstände betroffen wird, ist schwerlich zu bestreiten wie eben auch in beiden Fällen kein Unterschied in der jeweiligen Wirkung festzustellen ist. Wird dies berücksichtigt, so zeigt sich augenfällig die Bedeutungslosigkeit jenes Umstandes, daß die Klageänderung im ersten Fall vom erschienenen Genossen, im anderen aber vom Gegner -jedoch mit dessen Mitwirkung- ausgeht.

In Übereinstimmung mit der h.M. muß daher auch im letzteren Falle die Klageänderung zumindest gegenüber dem säumigen Genossen als unzulässig bezeichnet werden (558, 559).

die Überlegung voraus, ob das Gericht überhaupt die Klageänderung eines Gegners von notwendigen Streitgenossen als sachdienlich ansehen und deshalb zulassen kann, wenn nicht alle erschienen sind. Parallel zur Rechtsmitteleinlegung wäre es nämlich denkbar, daß auch diese Prozeßhandlung vom Gegner nur gegenüber a l l e n notwendigen Streitgenossen vorgenommen werden könnte (-vgl. dazu unten S. 271 f.-). Gerade jene der Klageänderung eigentümliche Wirkung, die notwendige Streitgenossenschaft aufzulösen (-vgl. unten S. 153-), weist aber - abgesehen von der vorstehend aufgeworfenen Frage - die Unzweckmäßigkeit und fehlende Sachdienlichkeit einer solchen Änderung des Streitgegenstandes nach.

- 557) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 264 ZPO, Anm. 4 A; Rosenberg, Lehrbuch § 60 II 1.
- 558) Vgl. oben Note 552 und Fuhr, S. 19 zu 3; Samper, S. 28; Wolff, S. 19; a.A.: bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft Lent IuJ 90/68 (-vgl. dazu oben Note 555-) und Stein-Jonas § 62 ZPO, Anm. IV 1; bea. auch unten S. 152 f.
- 559) Nachdem sich die Erstreckungswirkung ebenfalls

Auch hier ergeben sich keine abweichenden Feststellungen bei den beiden Fallalternativen des § 62 ZPO (560).

§ 3: Klageerweiterung bzw. -beschränkung.

Wird der Klageantrag in der Haupt- oder Nebensache ohne Änderung des Klagegrundes erweitert oder beschränkt, so liegt kraft positiver Gesetzesanordnung nach § 268 Ziff. 2 ZPO eine Klageänderung nicht vor, - infolgedessen auch nicht die Erhebung einer neuen Klage (561). Als reine Prozeßhandlung wäre sie deshalb geeignet, von der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO erfaßt zu werden. Abgesehen von den Bedenken aus ihrer unterschiedlichen Vornahmemodalität (562) kann aber die formale Regelung des § 268 Ziff. 2 ZPO nicht darüber hinwegtäuschen, daß das ursprüngliche Streitverhältnis durch die Klageerweiterung bzw. -beschränkung abgeändert wird. Soweit auch für diese Klage sodann noch die Voraussetzungen zur Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft bejaht werden können, wird jedenfalls damit der nichterschienene Genosse seiner bisherigen prozessualen Lage enthoben (563). Deshalb vertritt die Arbeit auch hier die Ansicht, daß auch die Vor-

nicht auf diese Einwilligung hierzu beziehen kann, entfällt auch die Möglichkeit, darin eine zugleich für und gegen den ausgebliebenen Genossen wirkende Unterlassung des Widerspruchs nach § 269 ZPO durch den Erschienenen und damit die Präklusion dieses Rechts zu erblicken (-so auch Fuhr, S. 19 zu 3; Wolff, S. 19-).

560) Vgl. auch oben Note 555.

561) Die oben S. 117 f. erarbeiteten Grundsätze können daher **n i c h t** unmittelbar auch hier Gültigkeit beanspruchen, vgl. aber unten Note 564.

562) Vgl. oben S. 96, da diese Prozeßhandlung auch durch Schriftsatzzustellung nach § 281 ZPO erfolgen kann (vgl. Baumbach-Lauterbach, § 281 ZPO, Anm. 1 a und 2; Wieczorek, § 281 ZPO, Anm. A II).

563) Vgl. oben S. 135.

nahme einer Klageerweiterung bzw. -beschränkung von der Erstreckungswirkung ausgeschlossen wird (564). Diesem Argument kommt bei beiden Fallalternativen des § 62 ZPO in gleicher Weise Bedeutung zu; ein Unterschied ist daher bei beiden nicht festzustellen.

3. Abschnitt: Die Klagerücknahme.

Auch dieses Problem wird in der gleichen vorgezeichneten Richtung gelöst werden müssen: Die Auflösung der notwendigen Streitgenossenschaft bzw. der dauernde Zusammenhalt der Genossen ist zwar ohne gesetzliche Regelung geblieben (565); auch die oben entwickelten Grundsätze (566) bieten zunächst keine Lösung (567). Auszugehen ist somit jedenfalls davon, daß die Klagerücknahme eine Prozeßhandlung darstellt (568), durch die das klägerische Gesuch um Rechtsschutz innerhalb dieses Prozesses widerrufen wird (569): Nachdem als Folge hiervon die Streitgenossenschaft zwischen dem erschienenen und den ausgebliebenen Genossen endet, ist für die Erstreckung einer solchen Rücknahmehandlung mittels § 62 ZPO auf den ausgebliebenen Genossen zumindest aus dem letztgenannten Gesichtspunkt

-
- 564) Insofern ist aber im Ergebnis das gleiche erreicht wie bei Anwendung der oben erarbeiteten Grundsätze (-vgl. oben Note 561-).
- 565) Vgl. unten S. 152 f.
- 566) Vgl. oben S. 106 zu § 1; im übrigen bea. aber unten S. 146.
- 567) Vgl. unten S. 152 f.
- 568) So auch Baumgärtel, S. 79 zu § 8; vgl. wegen der hieran anknüpfenden scheinbaren Anwendbarkeit des § 62 ZPO auch unten S. 175 f., die aber durch die unten zu Note 570 angeführten Gründe abgelehnt werden muß.
- 569) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 271 ZPO, Anm. 1 A.

keine Klärung zu erwarten.

Zwangsläufig kann der Einheitlichkeitsgrundsatz hier nicht eingreifen, weil es zu einer Entscheidung überhaupt nicht kommt (570); aber daraus zu folgern, daß grundsätzlich jede Prozeßhandlung von der Bestimmung des § 62 ZPO ausgenommen bleiben müsse, die nicht die Möglichkeit divergierender Entscheidung nach sich ziehe (571), findet damit noch keine Stütze (572). Demgegenüber hat das Ausbleiben einer Entscheidung des Gerichts den Ausschlag zu geben: Deshalb kann die Vorschrift des § 62 ZPO mit ihrer Divergenzverhinderungstendenz - was nichts anderes darstellt als die Kehrseite des Einheitlichkeitsgrundsatzes! - hier schon begrifflich nicht eingreifen (573)!

§ 1: Die materiell-rechtliche Nebenwirkung der Klagerücknahme.

Es ist darum unternommen worden, die Klagerücknahme als eine den Rahmen der allgemeinen Verwaltungstätigkeit sprengende materiell-rechtliche Handlung anzusprechen (574), die nicht mehr unter den Geltungsbereich des § 62 ZPO falle. Dieser Gedankengang stent in Übereinstimmung zu dem oben entwickelten Grundsatz, wonach der

-
- 570) - und er (-wie wiederholt dargelegt, vgl. oben S. 90-) nicht garantieren kann, ob eine solche überhaupt ergehen wird; vgl. auch unten S. 154 sowie Lent IuJ 90/63 a.E. -
- 571) So Fuhr, S. 16 zu b.
- 572) Vgl. über die Ungeeignetheit dieser Prozeßhandlungsfunktion als Unterscheidungsmerkmal unten S. 176 f.
- 573) Vgl. hierzu auch unten S. 198 f.
- 574) Vgl. Samper, S. 31, der sich damit zu seiner eigenen Auffassung (aaO.) in Widerspruch setzt, wonach die Klagerücknahme eine Prozeßhandlung ohne Einwirkung auf das materielle Recht sei.

erschienene Genosse keine materielle "Verfügung" wirksam für den säumigen vornehmen kann (575). Nach § 212 BGB dient nämlich die durch die Klagerücknahme bewirkte Aufhebung der Rechtshängigkeit (576) zugleich dazu, die hiermit verknüpfte Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt anzusehen. Deshalb könne nach dieser Meinung die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO auf die Klagerücknahme nicht angewendet werden, weil dies einen Eingriff des erschienenen Genossen in das materielle Rechtsverhältnis des säumigen bedeuten würde (577).

Doch ist mit Recht entgegengehalten worden, daß dieser Umstand einen solchen Eingriff nicht darstellen könne (578), weil er den betroffenen materiellrechtlichen Anspruch des säumigen Genossen in seiner Existenz überhaupt nicht erfasse: Daß hierdurch der Ablauf der Verjährung als nicht unterbrochen gilt und aus diesem Grunde für den Gegner eine selbständige Einrede auf Leistungsverweigerung (579) entstehen kann (580), läßt in der Tat den genannten Anspruch unberührt: Das gibt den Ausschlag für die hier vertretene Ansicht (581).

-
- 575) Vgl. oben S. 83 f; ihm folgt daher die Arbeit auch hier.
- 576) Vgl. § 271 Abs. III ZPO. Im Hinblick auf § 284 Abs. I BGB könnten diese Erwägungen auch für den entgegengesetzten Fall der Klageerhebung gelten.
- 577) Vgl. Samper, S. 31.
- 578) Vgl. Wolff, S. 20.
- 579) Vgl. § 222 Abs. I BGB.
- 580) Es kann hier nicht der Fall verallgemeinert werden, daß zuweilen bei der Klagerücknahme die Verjährung des eingeklagten Anspruchs bereits vollendet und damit diese Einrede tatsächlich entstanden ist.
- 581) Vgl. auch Baumgärtel, S. 89 zu § 9 IV, der in diesem Zusammenhang mit Recht auf die Notwendigkeit hinweist, bei der Untersuchung, ob eine Prozeßhandlung vorliegt, die bloßen Nebenwirkungen derselben auszuschneiden.

Allein die materielle Rechtslage des Gegners könnte als betroffen angesehen werden, - und hierauf kommt es nicht an!

Der Anspruch des säumigen Genossen wird nicht beseitigt (582), - auch dann nicht, wenn die Verjährung bereits eingetreten ist. Er ist aber nicht nur schlecht-hin erfüllbar (583), sondern als Naturalobligation schwächerer Wirkung (584) sogar erzwingbar (585), solange sich der Gegner nicht auf die Verjährung beruft, - und selbst dann kann der nämliche Anspruch unter Umständen noch durch Aufrechnung geltend gemacht werden (586)! Aber im Hinblick auf diese Einschränkungen zu behaupten, der materiellrechtliche Anspruch des säumigen Genossen werde durch die Klagerücknahme zu einem "nicht realisierbaren" (587), ist in dieser Form unhaltbar. Kann demnach schon keine Rede davon sein, daß das hier vertretene Ergebnis letztlich eine völlig undurchsetzbare Forderung mit einer realisierbaren gleichsetze (588), so ist umso weniger das "natürliche Rechtsempfinden" (589) geeignet, hiergegen anzugehen: Denn ohne Rechtsgrundlage ist eben auch ein noch so unbefriedigendes Ergebnis nicht angreifbar!

Bei dieser Sachlage ist also festzuhalten, daß diese Beweisführung es bislang nicht vermocht hat, die Erstreckung der Klagerücknahmewirkung auf den säumigen

-
- | | |
|------|---|
| 582) | Vgl. Palandt-Danckelmann, § 222, BGB, Anm. 1. |
| 583) | Vgl. Palandt-Danckelmann, § 222 BGB, Anm. 2. |
| 584) | Vgl. Palandt-Danckelmann, Einleitung vor § 241 BGB, Anm. 4. |
| 585) | Vgl. oben Note 584. |
| 586) | Vgl. § 390 Satz 2 BGB, und oben Note 583. |
| 587) | Vgl. oben Note 577. |
| 588) | Vgl. oben Note 577. |
| 589) | Vgl. oben Note 577. |

Genossen zu verhindern. Aber auch das ist noch nicht das endgültige Ergebnis.

§ 2: Die prozessuale Erschwerung der Klagerücknahme.

Die Untersuchung dieser Frage ist damit noch nicht am Ende angelangt: Es wurde nämlich auch erwogen, ob zumindest im zweiten Alternativfall des § 62 ZPO - der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft - die Klage durch den erschienenen Genossen allein überhaupt nicht zurücknehmbar sei (590); dort bildeten alle Genossen zusammen die die Klage tragende Parteiseite, so daß der einzelne von ihnen keineswegs "seine" Klage und auf dem Wege über die "Erstreckung" deshalb auch nicht die der anderen zurücknehmen könne; es handele sich insoweit wenn auch nicht um eine fremde, so aber jedenfalls doch nicht um eine dem erschienenen Genossen alleinig zuzuordnende Klage, über die dieser folglich auch nicht allein bestimmen könne (591).

Aber dieser Ansicht kann gleichfalls nicht gefolgt werden; verkennt sie doch gerade eine der wesentlichsten Erscheinungsweisen, die die Machtbefugnisse des § 62 ZPO in der ganzen Rechtssystematik erst richtig sichtbar werden läßt: Um durch das Medium des Urteils den Wirkungsinhalt der Handlungen des einen (-erschiedenen-) Genossen dem Rechtskreis der anderen (-säumigen-) Beteiligten gleichsam als deren eigene Handlungen darstellend zu vermitteln (592), muß der Vorschrift des § 62 ZPO eine

590) Vgl. Lent IhJ 90/64 zu 1.

591) In konsequenter Durchführung dieser Ansicht spricht daher Lent (-vgl. oben Note 590-) der Klagerücknahme des einzelnen Genossen bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft aus diesem Grunde die Wirkung überhaupt ab.

592) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3 b (a.E.).

besondere Eigenschaft zugeschrieben werden (593). Das Wesen dieser daraus entspringenden Erstreckungswirkung liegt in der Fähigkeit, eben jene Denkschwierigkeiten zu überbrücken, die daraus entstehen können, daß es sich bei den der Erstreckungswirkung unterfallenden Rechtswirkungen **n i c h t** um solche handelt, die von dem nämlichen Urheber ausgehen wie die von ihnen betroffenen prozessualen Gegenstände (594). Die vom erschienenen Genossen zurückgenommene Klage braucht daher schon nicht begriffsnotwendig auf ihn als ihren alleinigen Urheber zurückführbar zu sein! Die Diskrepanz zwischen dem einen Umstand, daß für jenes von der Prozeßhandlung des erschienenen Genossen betroffene Objekt der **s ä u m i g e** Genosse ursächlich war, und dem anderen Umstand, daß die auf jenes Objekt abzielende Prozeßhandlung hingegen vom **e r s c h i e n e n e n** Genossen ausgeht, ist es, die durch das Gedankenglied des § 62 ZPO behoben wird (595): Wenn also der erschienene Genosse **s e i n e n** Klagebeitrag rückgängig macht - und das muß er wohl dürfen (596), nachdem auch die notwendige Streitgenossenschaft jeglicher Art einen Zwang weder für ihre Entstehung (597) noch

593) Vgl. oben S. 107.

594) Vgl. oben S. 107 f.

595) Daraus ergibt sich, daß diese Bedenken auch bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft hätten vorgebracht werden können, was Lent *IhJ* 90/64 (dort zu 1) verkennt.

596) Ebenso Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. Ia (a.E.). Die von Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 1a, geäußerten schwachen Bedenken können nicht überzeugen; vgl. auch unten S. 149 zu c) und Hundertmark, *DJZ* 1930/968; a.A. Hellwig, Lehrbuch III § 158 III 1.

597) Vgl. Medicus, S. 81 (a.E.) f.; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. I; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B Ia. Dazu vgl. auch unten S. 170 zu Note 708. Demgegenüber geht Lent *IhJ* 90/98 (-1.Absatz-) in seiner Formulierung zu weit (-vgl. aber auch Lent aaO., S. 100-). Vgl. dazu auch § 84 des Norddeutschen Entwurfs, der als überflüssig gestrichen wurde: "Inwiefern eine Klänergemeinschaft er-

für ihren Zusammenhalt (598) kennt -, dann wäre grundsätzlich zu bejanen, daß kraft § 62 ZPO die säumigen Genossen so angesehen werden müßten, als ob sie ihrerseits i h r e n Klagebeitrag ebenfalls rückgängig gemacht hätten!

§ 3: Die Klagerücknahme in ihrer Bedeutung für die Frage der Einflußnahme auf die notwendige Streitgenossenschaft.

a) Das "Einwirkungsrecht" des tätigen Genossen.

Und trotzdem kann die Wirkung der Klagerücknahme nicht über § 62 ZPO auf die untätigen Genossen dergestalt erstreckt werden, daß sie auch hinsichtlich der ausgebliebenen als zurückgenommen gelte. Das vorweggenommene Ergebnis (599) kann dabei durch das Problem der unterschiedlichen Vornahmemodalität (600) nicht beeinflusst werden. Zwar mag dies auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, denn durch diese "Nichterstreckung" beraubt der tätige Genosse die Streitgenossenschaft ihrer Grundlage, weil die säumigen nicht mehr als vertreten angesehen und mit ihrem (-nicht zurückgenommenen-) Klagebegehren abgewiesen werden müssen (601): Gewinnt hier-

forderlich ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts" (zitiert bei Medicus, S. 82 zu Anm. 1).

598) Vgl. unten S. 154 zu Note 638 und oben S. 109 zu b.

599) Vgl. oben S. 140.

600) Vgl. oben S. 96 sowie § 271 Abs. II Satz 2 ZPO.

601) Über den materiellen oder prozessualen Gehalt jener Entscheidung vgl. unten S. 229 f. zu bb.

durch nicht dennoch der Wille des erschienenen Genossen Einfluß auf den Eintritt der in § 62 ZPO angeordneten Rechtsfolgen?

Diese Frage beantwortet sich aber ohne Schwierigkeiten selbst; wird doch gerade durch die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO die Streitgenossenschaft stets von den Handlungen des erschienenen Genossen beeinflusst (602): Daß der erschienene Genosse in seinem Willen frei bleiben muß, ob er eine Prozeßhandlung vornehmen und damit entsprechende Rechtsfolgen bewirken will, steht außer Zweifel. Aus der Problematik der unterschiedlichen Vornahmemodalität leitet die Arbeit die hiervon zu trennende Frage ab, ob es dem Willen des Erschienenen -und damit dem Zufall- überlassen bleiben darf, daß er je nach der von ihm gewählten Vornahmeart für seine Prozeßhandlung das Wirksamwerden des § 62 ZPO ausschalten kann (603). Denn ohne den Grundsatz der einheitlichen Entscheidung als absoluten Ausgangspunkt für die bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft auftauchenden Probleme (604) zu überspannen, wurde bei dessen Durcharbeitung erkannt (605), daß er seine zentrale Lösungsfunktion verlieren müßte, wenn es vom Willen des tätigen Genossen abhinge, ob die Vorschrift des § 62 ZPO und damit der Einheitlichkeitsgrundsatz in der jeweiligen Prozeßsituation Geltung besäßen! Nur in diesem Rahmen können die Probleme der Vornahmemodalität

-
- 602) Deshalb von einem "Einwirkungsrecht" des erschienenen Genossen zu sprechen (-so Goldschmidt, Prozeß Anm. 2819), ist schon darum als zu weitgehend zu bezeichnen, weil es sich hier lediglich um einen "Einwirkungseffekt" handelt, der eben mit einer Nebeninterventionswirkung -wie Goldschmidt meint- nichts gemein hat (vgl. auch Fuhr, S. 6).
- 603) Vgl. oben S. 96.
- 604) Vgl. oben S. 36, 48 sowie Note 435 und S. 2 zu Note 6. Bea. auch -gleicher Ansicht- Lent IhJ 90/97 (a.E.).
- 605) Vgl. oben S. 109.

verstanden werden (606); - und mit deren Lösung entfällt auch der aufgeworfene Widerspruch.

- b) Die auf die unterschiedliche Vornahmemöglichkeit gestützte Sonderbehandlung der Klagerücknahme in der Literatur.

Lediglich der Gesichtspunkt der zufälligen Vornahme einer Prozeßhandlung innerhalb eines Termins war der äußere Anlaß für die Literatur, das Problem der unterschiedlichen Vornahmemodalität (607) zu erkennen (608). Hierbei ging man davon aus, daß die Klagerücknahme gemäß § 271 Abs. II Satz 2 ZPO auch wirksam erfolgen könne, wenn dies außerhalb eines Termins durch Schriftsatzzustellung geschieht.

Die genannte Vorschrift stellt aber ohne Zweifel nur einen speziellen Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes dar, der in §§ 271 Abs. II Satz 2, 281 ZPO seinen allgemeinen Niederschlag für alle die Rechtshängigkeit des Klageanspruchs betreffenden Prozeßhandlungen gefunden hat. Folglich hätte doch hinsichtlich deren Beurteilung im Rahmen der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO der Schluß nahegelegen, der die einander entsprechende Behandlung von derartigen, die Rechtshängigkeit sowohl begründenden (609)

-
- 606) Die daran anknüpfenden Unzulänglichkeiten können daher nicht der Aufdeckung des Aufbaus, sondern jedenfalls nur der mangelhaften Gesetzesregelung der notwendigen Streitgenossenschaft angelastet werden; vgl. oben S. 106 f., insbesondere zu Noten 427, 452.
- 607) Vgl. oben S. 96.
- 608) Vgl. Hellwig, Lehrbuch III § 158 V 2b alpha (-für die Berufungsrücknahme-); Fuhr, S. 16 zu b sowie S. 17 zu 4; Samper, S. 31. Bea. insbesondere unten S. 268 zu Note 1212.
- 609) Vgl. § 281 ZPO.

als auch aufhebenden (610) Prozeßhandlungen empfiehlt! Von diesem Standpunkt aus ist die trotzdem beibehaltene unterschiedliche Behandlungsweise derartiger Prozeßhandlungen nicht verständlich, und umso weniger gerade die Tatsache, daß die Gefahr der Abhängigkeit der einheitlichen Entscheidung vom Willen des tätigen Genossen (611) völlig unerkannt geblieben ist (612)!

Im Hinblick auf diesen erheblichen Mangel wird daher die in diesem Punkt von der vorliegenden Arbeit vertretene gegen-
teilige Lösung (613) nachdrücklich bestätigt.

c) Die Ablehnung einer Korrektur durch Billigkeitserwägungen.

Auch vom praktischen Ergebnis her betrachtet zeigen sich demgegenüber keine Schwierigkeiten (614). Die Auflösung der notwendigen Streitgenossenschaft ist allerdings nicht zu verhindern, obgleich sie als unerfreulich zu bezeichnen sein mag (615); die Gegenmeinung (616) kann aber dennoch nicht anerkannt werden, nachdem sich für einen

610) Vgl. § 271 Abs.II Satz 2 ZPO.

611) Vgl. oben S. 109.

612) Soweit Wolff, S. 20 zu f, meint, in § 62 ZPO sei schlechthin von einer "Vertretung" die Rede, so daß zumindest die Klagerücknahme innerhalb eines Termins von dieser Vorschrift umfaßt werde, ist er damit dem allzu umfassenden Wortlaut dieser Regelung zum Opfer gefallen: Ihre mangelhafte Begrenzung wird von jeher gerügt!

613) Vgl. oben S. 96.

614) a.A. Lent IhJ 90/64 a.E.

615) Vgl. unten Note 636.

616) Vgl. Lent IhJ 90/65; Fuhr, S. 37 -allerdings für das Rechtsmittel-.

derartigen Grundsatz weder im materiellen Recht noch im prozessualen irgendein direkter Anhalt finden läßt (617). Wird schon ein Vergleich der prozessualen Interessenlage mit der Regelung der Klageerhebung gezogen (618), so ergibt sich damit gerade der gegenteilige Beweis: In gleicher Weise wie bei keiner Art von Streitgenossenschaft einer der Rechtsbeteiligten zur Teilnahme an der Klageerhebung der anderen prozeßrechtlich gezwungen werden kann (619), weil es Mehrheitsbeschlüsse innerhalb der Streitgenossenschaft nicht gibt (620), muß dazu korrespondierend auch ein prozeßrechtlicher Zwang zum Verbleiben in der notwendigen Streitgenossenschaft verneint werden (621): Billigkeitserwägungen müssen demgegenüber schon von vornherein ausgeschlossen bleiben (622), weil sie zu unbestimmt und deshalb für das Verfahrensrecht unbrauchbar sind (623): Mit welchem Recht nenne es man billig, einen Genossen am Prozeß festzuhalten, wenn der denkbare Fall eingetreten ist, daß er die Unhaltbarkeit seiner materiell-rechtlichen Stellung erkannt hat? Das

-
- 617) Lediglich auf dem Umweg über die etwaige Möglichkeit des Mehrheitsbeschlusses oder einer Verpflichtungserklärung könnte ein Rechtsbeteiligter zur Klageerhebung gezwungen werden; dies beruht aber dann auf der besonders gearteten materiellen Rechtslage des die notwendige Streitgenossenschaft bildenden Rechtsverhältnisses und muß deshalb als Ausnahmefall von dieser allgemeinen Betrachtung ausgeschlossen bleiben; vgl. auch unten Note 620.
- 618) Vgl. oben Note 607.
- 619) Vgl. oben Note 597.
- 620) Vgl. Lent IhJ 90/67.
- 621) "Eine Pflicht, der Streitgenossenschaft bis zur Beendigung des Prozesses anzugehören, gibt es nicht" (Samper, S. 32).
- 622) Ebenso Kisch, S. 46.
- 623) Aber schon aus anderen durchschlagenden Gründen gelangte die Arbeit zu diesem Ergebnis; vgl. hierzu oben S. 86 f.

legitime Interesse (624) der Prozeßordnung zu dieser Frage kann folglich nur in der Sicherung des Einheitlichkeitsgrundsatzes bestehen, ohne dabei der Streitgenossenschaft den Verfahrensablauf bis zu dieser einheitlichen Entscheidung aufzuzwingen: Daraus folgt aber einerseits, daß die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft die Klagerücknahme des erschienenen Genossen nicht verhindert, andererseits sie aber auch nicht auf den säumigen erstreckt (625), und auf diese Weise der ausgebliebene Genosse säumig wird (626).

§ 4: Die Klagerücknahme seitens des Gegners des erschienenen Genossen.

In diesem Falle müssen ebenfalls dieselben Grundsätze eingreifen und zum gleichen Ergebnis führen wie bei dem vorstehend diskutierten Problem: Die nach § 271 Abs. I ZPO erforderliche Einwilligung des erschienenen Genossen könnte zwar als Prozeßhandlung unter § 62 ZPO fallen; es ist jedoch kein Unterschied darin zu erkennen, ob dieser Genosse die Klage selbst zurücknimmt oder durch seine Ein-

624) Vgl. oben S. 111, S. 114 zu d).

625) Ebenso:
 Fuhr, S. 16, 35; Goldschmidt, Prozeß S. 531 zu 1 a, und S. 532 zu 1/2a; Kisch, S. 46; Medicus, S. 62; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 1 a; Samper, S. 31; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO Anm. 4 Ba und Cb; Wachenfeld, S. 137;
 uneinheitlich:
 Baumbach-Lauterbach, § 271 ZPO, Anm. 2 A; Hellwig, System I § 123 IV 1; Stein-Jonas, § 62 ZPO Anm. V 4; Wolff, S. 20/21 und 38;
 a.A.:
 Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/bb (-obwohl sie die unterschiedliche Verlautbarungsform nicht übersehen haben-); Hachenburg, S. 43; Hellwig, System I § 123 IV; Sitzler, S. 50 zu Ziff. 7.

626) Über die Säumnisfolgen für den ausgebliebenen Genossen vgl. unten S. 229 zu Note 1007. Ähnlich Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B Ia (a.E.) und B Ic 2.

willigung die Klagerücknahme seitens des Gegners zuläßt (627): Die Erstreckung dieser Einwilligung auf den säumigen Genossen muß daher gleichermaßen ausgeschlossen sein (628). Damit ist der ausgebliebene Genosse wiederum als säumig zu betrachten (629).

4. Abschnitt: Die Folgen einer für den säumigen Genossen unwirksamen Klageabänderungshandlung des erschienenen Genossen.

Wenn auch die aufgezeigten Fälle der Klageabänderung (630) für den ausgebliebenen Genossen ohne Wirkung bleiben, so ist damit nicht zugleich festgestellt, daß sie für den erschienenen Genossen ebenfalls wirkungslos sein müßten (631). Wird ihnen aber wenigstens für diesen Tätigen eine prozessuale Wirkung nicht versagt, so hat das im

-
- 627) Mutatis mutandis gilt hier das Gleiche wie zur Klageänderung seitens des Gegners; vgl. oben S. 137 zu § 2.
- 628) So für die abstrakt-notwendige Streitgenossenschaft *Lent IhJ 90/65* zu II, der aber die Klagerücknahme im Falle der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft gegenüber einem der Genossen für unzulässig hält.
- 629) Vgl. oben Note 626.
- 630) Die nachfolgenden Erörterungen können im Grundsätzlichen auch für den Fall der Klageerhebung, der Klageänderung sowie der Klageerweiterung bzw. -beschränkung und der Klagerücknahme gelten; deshalb ist hier auch von der "Klageabänderung" als Oberbegriff die Rede. Vgl. außerdem oben Note 538.
- 631) Vgl. oben Note 538 und -a.A.- *Hellwig, Lehrbuch III § 158 III 1.*

Endergebnis die Anerkennung vom Vorhandensein zweier verschiedener Rechtsstreitigkeiten zur Folge: Nämlich der eine entsteht mit dem veränderten und damit neuen Streitgegenstand (632) - an dem nur der tätige erschienene Genosse beteiligt wird - und der andere mit dem unveränderten ursprünglichen Streitgegenstand - an dem nur der untätige ausgebliebene Genosse beteiligt bleibt - (633). Damit ist die ursprüngliche notwendige Streitgenossenschaft aufgehoben (634)!

Dieses Ergebnis ist die logische Fortentwicklung jener Alternative, die die Erstreckung von Klageabänderungshandlungen auf den ausgebliebenen Genossen ablehnte (635). Die dort vorgezeichneten Konsequenzen werden damit sichtbar und müssen folglich hier gleichfalls - auch wenn sie als unerwünscht erscheinen (636) - hingenommen werden. Denn die notwendige Streitgenossenschaft hat im Gesetz eben nur dahingehend eine Regelung gefunden, wenn die Genossen zusammenbleiben; der Grundsatz der Einheitlichkeit der Entscheidung und des Streitstoffes erschöpft

-
- 632) Insoweit ist allerdings die Klagerücknahmehandlung auszunehmen; vgl. aber auch unten Note 633.
- 633) Auch bei der Klagerücknahme bleibt der Prozeß des ausgebliebenen Genossen anhängig, da insoweit die Klagerücknahmehandlung des erschienenen Genossen nicht unter § 62 ZPO fällt (-vgl. oben S. 151 vor § 4-) und somit die notwendige Streitgenossenschaft auflöst, ohne das Bestehen der einzelnen Prozesse zu berühren.
- 634) Vgl. oben S. 149 f. zu c und oben S. 110 zu Note 443.
- 635) Vgl. oben S. 117 f.
- 636) Danach zu fragen, ob dieses Ergebnis das allgemeine Rechtsempfinden befriedigen kann, muß als rechtspolitische Angelegenheit wiederum ausgeschlossen bleiben; vgl. auch oben Note 547.

sich in seinem Zweck nur für den Fall, daß es zu einer gemeinsamen Entscheidung in den Prozessen der Genossen überhaupt kommt (637). Die andere Seite dieses Grundsatzes - nämlich o b als Voraussetzung für seine Anwendbarkeit der Rechtsstreit nicht bereits vor seiner Entscheidungsreife ohne eine solche Entscheidung endet, und damit das Fortbestehen der notwendigen Streitgenossenschaft (638) selbst - ist weder durch das Gesetz geregelt noch lassen die darin zum Ausdruck gekommenen Regelungsgrundsätze (639) für diesen Fall eine Lösung erkennen (640). Denn auch die Problematik der unterschiedlichen Vornahmemodalität (641) ist für diese Frage ohne Bedeutung: Nachdem das Gesetz die Vornahme dieser die notwendige Streitgenossenschaft aufhebenden Klageabänderungshandlungen dem erschienenen Genossen nicht verbietet (642), bleibt sonach keine andere Möglichkeit, als die Auf-

637) Vgl. oben S. 89 f.

638) Vgl. Lent IhJ 90/65 und Hellwig, Lehrbuch III, S. 160 (-sowie hierzu unten Note 652-), die dies mit dem Hinweis auf Treu und Glauben bejahen.

639) Vgl. oben S. 107 f.

640) Damit bestätigen sich leider die Klagen über die Unzulänglichkeiten der in der Prozeßordnung für diese Frage einzigen Vorschrift des § 62 ZPO; vgl. dazu oben Note 14.

641) Vgl. oben S. 96.
Das Fehlen einer Garantie dafür, daß es zu einer Endentscheidung des Prozesses kommen wird, ist bereits nachgewiesen worden (vgl. oben S. 110 f.).

642) Vgl. dazu oben S. 96 zu Note 381. Am besten wäre eine gesetzliche Anordnung, die dem erschienenen Genossen jede Klageabänderungshandlung schlechthin untersagte, falls man nicht vorzieht, den ausgebliebenen Genossen kraft positiver Regelung daran teilnehmen zu lassen. Ohne eine solche Vorschrift muß es aber bei der hier erörterten Lösung bleiben, denn auch die Rechtsprechung ist nicht befugt, neues Recht zu setzen.

lösung der notwendigen Streitgenossenschaft zu bejahen (643).

§ 1: Erste Alternative des § 62 ZPO.

Die abstrakt-notwendige Streitgenossenschaft (644) macht von dieser Auflösungswirkung keine Ausnahme, - umso mehr muß dies gelten, als bei ihr die Einzelklage, d.h. die Klage des einzelnen Genossen ohnehin statthaft ist. Die ausgebliebenen Genossen werden in ihrer Säumnis daher nicht mehr von der Erstreckungswirkung betroffen, weil es dazu einer besonderen Rechtsnorm bedürfte, die diese Rechtsfolge anordnete: Durch die Vorschrift des § 62 ZPO kann dieser Erfolg jedoch nicht erreicht werden, weil sie das Bestehen einer notwendigen Streitgenossenschaft voraussetzt, dieselbe aber nach dem Dargelegten sogar aufgelöst ist! Es kann deshalb keineswegs (645) die Meinung (646) vertreten werden, sämtliche Prozesse ohne Unterschied ihrer Streitgegenstände befänden sich im selben Termin, weshalb die prozessuale Gemeinschaft fortbestünde: Eine solche Rechtsgrundlage gibt es nach dem Ausscheiden des § 62 ZPO für diesen Fall nicht. Wegen der tatbestandsmäßigen Unanwendbarkeit dieser Vorschrift kann daher auch das Verbot des Erlasses von Versäumnisurteilen (647) hier nicht mehr angezogen werden (648).

643) Vgl. dazu allgemein oben S. 146 zu § 3.

644) Vgl. oben Note 141.

645) - insoweit muß selbstverständlich der Fall der Klagerücknahme ausgenommen werden, vgl. oben Note 633! -

646) - so aber Samper, S. 29 -

647) Vgl. oben S. 66 und unten Note 648.

648) Über die Säumnisfolgen des ausgebliebenen Genossen vgl. unten S. 226 f.

§ 2: Zweite Alternative des § 62 ZPO.

Das gleiche Schicksal teilt die konkret-notwendige Streitgenossenschaft (649), nachdem die Statthaf-
tigkeit einer entsprechenden Klageabänderungshand-
lung wenigstens mit Wirkung für den erschienenen
Genossen nicht in Frage gestellt werden kann (650):
Es besteht auch hier keine Rechtsnorm, die es einem
notwendigen Streitgenossen verwehrte, seinen Klage-
beitrag (651) zeitlich nach der gemeinsamen Klage-
erhebung zu annullieren (652).

Damit ist auch in diesem Falle die Auflösung der not-
wendigen Streitgenossenschaft und der Eintritt einer
echten Säumnis seitens der ausgebliebenen Genossen
nicht zu verhindern (653).

649) Vgl. oben Note 142.

650) Vgl. oben Noten 642, 381.

651) Vgl. oben S. 125 a.E.

652) - so wohl Samper, S. 29; Hellwig, Lehrbuch III,
S. 160; Lent IuJ 90/65, die dies aus dem Grund-
satz von Treu und Glauben herleiten. Die Arbeit
hat dies jedoch schon oben S. 86 eindeutig ab-
gelehnt.

653) Über die Säumnisfolgen für den ausgebliebenen
Genossen vgl. unten S. 229 zu Note 1007. So-
weit die Arbeit in diesem Fall ein abweisendes
Prozeßurteil bejaht (-vgl. oben S. 126 f.-), ver-
tritt eine a.A. Samper, S. 29, der zu einem mangels
Passivlegitimation abweisenden Sachurteil kommt.

2. Kapitel

Die Prozeßvoraussetzungen

1. Abschnitt: Allgemeine Anwendbarkeit der Erstreckungswirkung.

§ 1: Zur Einordnung der Prozeßvoraussetzung in den Problemkreis des § 62 ZPO.

- a) Die Ablehnung der Bedenken aus dem förmlichen Verfahrensaufbau.

In der Literatur ist zu dieser Frage erörtert worden (654), ob die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO überhaupt bei den Prozeßvoraussetzungen eingreifen könne, weil ihre Überprüfung bekanntlich schon in jenem Prozeßstadium erfolgt, das der materiellrechtlichen Sachprüfung vorausgeht; deshalb könne zu diesem Zeitpunkt überhaupt noch nicht festgestellt werden, ob eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 ZPO gegeben ist.

Soweit ersichtlich, konnte dieser Gedankengang nicht überzeugen: Denn der Prozeß, für dessen geordneten Ablauf die Vorschrift des § 62 ZPO geschaffen wurde, und mit dessen Beginn zweifellos auch die notwendige Streitgenossenschaft zu bestehen anfängt, beginnt nicht erst mit dieser Sach-

654) So Hachenburg, S. 41: "... ist jede Anwendbarkeit des § 59 (-CPO, d.h. § 62 ZPO-) ausgeschlossen, solange der Streit sich über die Prozeßvoraussetzungen dreht", sowie aaO., S. 101, und Wolff, S. 10. Auch Walsmann, S. 97, geht von diesem Gedanken aus, wenngleich er sein Ergebnis schließlich ablehnt: "Wenn nämlich Streitgenosse A in der Verhandlung nur prozeßhindernde Einreden geltend macht, die lediglich auf seinen Prozeß Bezug haben, aber nicht für die einheitliche Feststellung des Rechtsverhältnisses in Betracht kommen, während B nicht erschienen ist, so müßte ... ein Versäumnisurteil gegen B ergehen. Hier greift das Gesetz ein...".

prüfung, sondern doch mit Erhebung der Klage (655)! So kann keinerlei Zweifel unterliegen, daß ein Rechtsstreit im Sinne der Verfahrensordnung bereits dann vorhanden ist (656), wenn die prozeßöffnende Klage erhoben wurde: Nach Zustellung des Klageschriftsatzes an den Beklagten ist dieser Klageerhebungsakt vollendet (657) und die notwendige Streitgenossenschaft entstanden, ohne Rücksicht darauf, ob sie als solche erkannt wurde (658). Daher ist es abwegig, die Anwendung des § 62 ZPO an dem genannten Umstand scheitern zu lassen (659).

- b) Die Fragestellung für die Behandlung der Prozeßvoraussetzung durch § 62 ZPO.

Im Rahmen der Prozeßvoraussetzungen scheint vielmehr die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO aus zwei Gründen von vornherein auszuschneiden: Er setzt ein prozessuales Tätigwerden des erschienenen Genossen voraus, damit ein einheitliches Sachurteil ergeht. Tritt jedoch bei den Prozeßvoraussetzungen ein Mangel auf, so führt dies ohne jeden Zweifel zur Beendigung des Rechtsstreites durch **Prozeßurteil**: Wenn aber durch § 62 ZPO eine einheitliche

655) Vgl. oben Note 489.

656) -mit der Wirkung, daß alle von der Prozeßordnung vorgesehenen Verfahrensnormen ungehindert eingreifen können, also auch § 62 ZPO mit seiner Erstreckungswirkung!-

657) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 91 I 3 vor II, und auch unten Note 658.

658) Vgl. oben S. 97 zu Note 385 sowie S. 119.

659) So auch Samper, S. 13 zu a. -
Da der Rechtsstreit **n i c h t** um das Bestehen der notwendigen Streitgenossenschaft selbst geht, ist mit der Überprüfung des Streitstoffes unter dem Gesichtspunkt des § 62 ZPO in diesem Stadium

S a c h entscheidung herbeigeführt werden soll -wie die Arbeit zur Grundlage ihrer Überlegungen gemacht hat' (660)-, so bedeutet ein solcher Mangel bei den Prozeßvoraussetzungen nicht im mindesten eine Gefahr für die Einheitlichkeit der Sachentscheidung (661)! Außerdem handelt es sich bei den Prozeßvoraussetzungen um Umstände, die die Natur von prozeßrechtlichen Bedingungen haben (662) und somit keinen eigentlichen Handlungscharakter aufweisen.

Diese Denkschwierigkeiten in der Anwendung des § 62 ZPO lassen sich durch folgende Überlegungen klären: Kann die mangelhafte Prozeßvoraussetzung "repariert" werden, so steht der Fortsetzung des Rechtsstreits und damit dessen Abschluß durch ein Sachurteil nichts entgegen. Folglich besteht zwischen Prozeßvoraussetzung und Erstreckungswirkung zumindest ein mittelbarer Zusammenhang, nämlich soweit sich erstere als Ergebnis einer Parteihandlung darstellen läßt. Hinsichtlich der Prozeßvoraussetzungen bedeutet diese Erkenntnis, daß sie im Falle ihrer Mangelhaftigkeit auf seiten der notwendigen Streitgenossenschaft vom erschienenen Genossen - wenn möglich - zu regeln (663), hingegen bei ihrem Mangel auf seiten des Gegners

regelmäßig noch nicht in die Überprüfung der streitgegenständlichen Begründetheitsfrage eingetreten, so daß deren Ergebnis damit keinesfalls vorweggenommen wird. Darum können auch die hiergegen erhobenen Bedenken nicht überzeugen.

- 660) Vgl. oben S. 2 zu Note 6 und S. 36 f.
- 661) - unterschiedliche Prozeßurteile können ohnehin ergehen, vgl. unten S. 167 zu b! -
- 662) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 253 ZPO Anm. 3 A; Rosenberg, Lehrbuch § 89 I/2 und /3.
- 663) Hierunter fällt sowohl die Beseitigung von vorhandenen "negativen" Prozeßvoraussetzungen (-vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 253 ZPO, Anm. 3 C; Rosenberg, Lehrbuch § 89 I 1 a.E.-) als auch die Herbeiführung von fehlenden "positiven" Prozeßvoraussetzungen (-vgl. die vorstehenden Zitate-).

vom erschienenen Genossen mittels Einrede zu rügen sind. Daher zielt die hier zu behandelnde Frage darauf hin, ob diese jeweilige Prozeßhandlung (664) des erschienenen Genossen von der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO erfaßt wird.

§ 2: Die Anwendung der erarbeiteten Grundsätze.

- a) Die Folgerungen aus dem Grundsatz der Prozeßmehrheit.

Nach dem Grundsatz der Mehrheit der Prozesse ist zunächst davon auszugehen, daß die Prozeßvoraussetzungen stets im einzelnen und gesondert bei den jeweiligen Genossen auf ihr Vorhandensein durchgeprüft werden müssen (665). Erst wenn sie bei einem säumigen Genossen bzw. bei dessen Geg-

664) Als einen besonderen Fall von Prozeßhandlungen darstellend, ist es gerechtfertigt, die Behandlung dieser Frage aus dem 3. Kapitel (unten S. 175 f.), das denselben allgemein vorbehalten ist, auszunehmen.

665) Vgl. für viele Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 2: "Wie bei der gewöhnlichen Streitgenossenschaft liegt auch hier eine Mehrheit von Prozeßrechtsverhältnissen vor, die ... in einem Verfahren verbunden sind. Daher sind die Voraussetzungen der Klageerhebung und der Zulässigkeit des Prozesses (Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse) für jeden Streitgenossen selbständig zu prüfen". Unklar Hellwig, Lehrbuch III/160, der die "Befugnis" des erschienenen Genossen zur "Betreibung des Prozesses ... mit Wirkung gegenüber allen" nicht auf die Prozeßvoraussetzungen bezieht und daraus folgert, sie seien "mit Rücksicht auf den einzelnen Streitgenossen zu prüfen".

Ebenso wie hier u.a.:

Ient IhJ 90/96 zu 2; Samper, S. 14; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V vor 1; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B Ic vor 1;

ner fehlerhaft sind, kann die Vorschrift des § 62 ZPO mit ihren einzelnen Grundsätzen eingreifen. Soweit diese nicht entgegenstehen, ist die Erstreckungswirkung der auf Prozeßvoraussetzungen bezogenen Tätigkeit des erschienenen Genossen - auf Grund der Prozeßhandlungsqualität derselben - zu bejahen.

Dabei bildet der Grundsatz der einheitlichen Entscheidung trotz der gedanklichen Trennung der Prozesse nach dem Grundsatz der Prozeßmehrheit kein Hindernis, weil gerade er durch seine Anwendung den Verfahrensablauf bis zu diesem Endpunkt ermöglicht. Auch aus der Problematik der unterschiedlichen Vornahmemodalität ergeben sich in diesem Zusammenhang keine Schwierigkeiten, weil die die Prozeßvoraussetzung betreffenden Prozeßhandlungen des erschienenen Genossen immer nur im Termin vorgenommen werden können (666) und somit unter § 62 ZPO fallen (667).

b) Das Hindernis des Vertretungsverbots.

Hingegen fordert das Vertretungsverbot (668), daß es sich n i c h t um solche Prozeßvoraussetzungen handelt, die ausschließlich in der Person des säumigen Ge-

a.A.:

Baumbach-Lauterbach, § 274 ZPO, Anm. 1 B; Wolff, S. 10 (-der aber auf diese Frage nicht näher eingeht-).

- 666) - die Möglichkeit ihrer Vornahme mittels Schriftsatzes und folglich die Abhängigkeit des Eintritts der Erstreckungswirkung vom Willen des erschienenen Genossen ist daher ausgeschlossen (vgl. oben zum Problem der Vornahmemodalität S. 96) -
- 667) -vorausgesetzt, daß die Mediumswirkung des gemeinsamen Urteils zum Zuge kommt!-
- 668) Vgl. oben S. 82, 100.

nossen und in seinem Prozeß aufgetreten sind. Denn soweit der erschienene Genosse durch sie nicht selbst und unmittelbar berührt wird - die betreffende Prozeßvoraussetzung in seinem Prozeß mithin keine Rolle spielt - und er aus diesem Grunde die entsprechende Prozeßhandlung für sich - d.h. in seinem alleinigen Interesse innerhalb seines eigenen Prozesses - überhaupt nicht vornehmen kann, entfällt auch die in § 62 ZPO angeordnete Erstreckungswirkung (669): Zur Vornahme von Prozeßhandlungen in fremdem Interesse ist der erschienene Genosse n i c h t befugt (670). Handelt es sich aber um Prozeßvoraussetzungen, die in gleicher Weise für die Prozesse sowohl des erschienenen als auch des säumigen Genossen bestehen, so liegen keine Bedenken vor, die entsprechende Prozeßhandlung des erschienenen Genossen als von der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO erfaßt zu betrachten.

Unter diesem - gerade auch für die Praxis wohl bedeutsamsten - Gesichtspunkt wird daher neben der Prozeßvoraussetzung selbst auch die auf sie bezogene Tätigkeit des erschienenen Genossen zu überprüfen sein (671), bevor die Anwendbarkeit des § 62 ZPO bejaht oder verneint werden kann (672).

-
- 669) Daß in jenen Fällen eine etwaige Bevollmächtigung des erschienenen Genossen sachverhaltsabändernd wirken müßte, braucht nicht abermals hervorgehoben zu werden; vgl. hierzu oben Note 79.
- 670) Vgl. oben S. 72 zu Note 274, insbesondere S. 82 f. und S. 99 zu Note 393.
- 671) Mit Recht weist Samper, S. 14, darauf hin, daß ohne Eingehen auf die Sachfrage bei Beginn des Prozesses geprüft werden kann, bei wem der Kläger- bzw. der Beklagtenseite eine Prozeßvoraussetzung fehlerhaft ist, um dann erst auf die Frage nach dem Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft einzugehen; vgl. dazu auch oben Note 659.
- 672) Vgl. aber unten S. 169, wonach diese letztere Überprüfung bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft für Prozeßvoraussetzungen jeder Art überflüssig ist.

2. Abschnitt: Allgemeine Prozeßvoraussetzungen.

§ 1: Die Prozeßvoraussetzungen im engeren Sinne.

a) Die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO.

Die von Amtswegen zu berücksichtigenden prozessualen Erfordernisse (673) machen jedoch von diesen Grundsätzen eine echte Ausnahme: Denn ihrem Wesen nach bedürfen sie überhaupt keiner Prozeßhandlung der Partei zu ihrer gerichtlichen Berücksichtigung (674). In einem solchen Falle liegt dann auch keine eigentliche Prozeßhandlung im hergebrachten Sinne vor, die die Entwicklung des Prozeßablaufs fördert (675), sondern vielmehr eine "Anregung" (676) für das Gericht zu dessen amtlichen Tätigwerden aus eigener Initiative. Die Folge kann daher nur darin bestehen, daß eine auf diesen Erfolg abzielende dennoch vorgenommene Handlung (677) des erschienenen Genossen nicht unter § 62 ZPO gebracht werden kann; mangels dieser Erstreckungsmöglichkeit wirkt seine Anregung auch nicht für den säumigen Genossen und dessen Prozeß. Das besagt aber nicht, daß auch die diesbezügliche rich-

-
- 673) Auf die Meinungsverschiedenheiten über deren richtige Bezeichnung kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 253 ZPO, Anm. 3 D, und Einführung zu §§ 274 ZPO, Anm. 1 A (a.E.); Rosenberg, Lehrbuch § 89 I 3 und V 2.
- 674) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 89 IV 2; Baumbach-Lauterbach, § 275 ZPO, Anm. 1 B.
- 675) So Baumgärtel, § 9 I und dort Note 5, sowie § 35 (S. 291); Fuhr, S. 14 zu 2 b/aa.
- 676) Vgl. Fuhr, S. 14 zu 2 b/aa; Baumbach-Lauterbach, § 275 ZPO, Anm. 1 B; Samper, S. 15 vor b. Die Bezeichnung "Einrede" lehnt auch Rosenberg, Lehrbuch § 89 V 2, ab.
- 677) - die Unterlassung einer entsprechenden Rüge scheidet aus, weil sie nach dem Wesen dieser Prozeßvoraussetzung im engeren Sinne und deren Beachtung von Amtswegen ohnehin nicht relevant sein kann -

terliche Maßnahme nun ebenfalls nicht für den säumigen Genossen und dessen Prozeß gelten könnte: Denn soweit die Fehlerhaftigkeit einer solchen Prozeßvoraussetzung im engeren Sinne reicht, muß gefolgert werden, daß auch die daraufhin von Amtswegen eingeleitete Maßnahme des Gerichts wirkt (678). Es handelt sich insoweit um zwei völlig unabhängige Fragestellungen, die sich nicht beeinflussen können. Deshalb kann es auch nicht darauf ankommen, in wessen Prozeß die von der Anregung des erschienenen Genossen betroffene Prozeßvoraussetzung (-im engeren Sinne-) vorlag (679).

b) Die beiden Alternativen des § 62 ZPO.

Für diese Art von Prozeßvoraussetzungen läßt sich ein verständlicher Anlaß für eine unterschiedliche Behandlung in beiden Alternativfällen der notwendigen Streitgenossenschaft nicht erkennen. "Es ist gleichgültig, aus welcher Quelle der Richter Zweifel an dem Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen ... geschöpft hat, wie z.B. bezüglich der Prozeßfähigkeit einer Partei oder der Legitimation eines ... sich als bevollmächtigt ausgebenden Vertreters" (680). Dem Wesen dieser Prozeßvorausset-

678) So auch Samper, S. 15 vor b; ähnlich Levetzow, S. 73.

679) -falls davon abgesehen wird, daß es sich in diesen Fällen zumeist um eine die gemeinsame Prozeßlage betreffende Prozeßvoraussetzung handeln wird. Vgl. dazu Samper, S. 15 vor b.-

680) So Hellwig, Lehrbuch III § 157 II für die einfache Streitgenossenschaft und auch für die notwendigen (aaO., S. 160). Vgl. im übrigen die von ihm dort gewählten Beispiele: Dem nichterschiedenen Streitgenossen ist die Klage nicht ordnungsgemäß zugestellt, ihm fehlt die Prozeßfähigkeit, dem Gericht fehlt bezüglich seiner Person die Zuständigkeit, ihm steht die Rüge der anderweitigen Rechtshängigkeit zu, usw.

zungen (-im engeren Sinne-) entspricht es, daß sie in jedem Verfahren zu berücksichtigen sind, - gleichviel aus welchem Grunde eine einheitliche Sachentscheidung zu fordern ist.

§ 2: Die Prozeßvoraussetzungen im weiteren Sinne ("Prozeßhindernisse").

a) Die begrenzte Erstreckungswirkung des § 62 ZPO.

Für die Anlegung des oben (681) herausgestellten Maßstabes verbleibt daher nur die Gruppe jener prozessualen Hindernisse (682), die nur auf Rüge vom Gericht nachgeprüft

681) Vgl. insbesondere oben S. 163.

682) -auch auf sie ist nicht einzugehen; vgl. oben Note 673-

Klarstellend ist -wenngleich damit eine Vorwegnahme des zu erarbeitenden Ergebnisses verbunden ist- bezüglich dieser "Prozeßhindernisse" folgendes auszuführen:

Weil das Gesetz den Richter nur auf Parteirüge hin zur Berücksichtigung des Prozeßhindernisses veranlaßt, mißt es ihr offensichtlich nur geringe rechtliche Bedeutung zu. Das bestärkt die Arbeit in ihrer Meinung -vgl. das Ergebnis unten S. 167 vor b-, wenn sie einer solchen Rüge des erschienenen Genossen, die nur ein dem Verfahren des säumigen notwendigen Streitgenossen entgegenstehendes Prozeßhindernis betrifft, den Erfolg versagt. Hat beispielsweise der Kläger, dessen frühere Klage gegen einen der jetzigen Genossen als unzulässig abgewiesen (-vgl. oben S. 128-) oder von ihm zurückgenommen (-vgl. oben S. 151 zu § 4-) wurde, die Prozeßkosten diesem früheren Beklagten noch nicht erstattet, und erneuert er nunmehr seine Klage gegen a l l e Genossen, so kann - falls der früher verklagte Genosse jetzt säumig ist - der erschienene notwendige Streitgenosse n i c h t für ihn die Einreden aus §§ 274 Abs. I Ziff. 6, 271 Abs. IV ZPO erheben. Gleiches gilt für die prozeßhindernden Einreden des Schiedsvertrages und der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten: Nur diejenigen

werden müssen (683). Nur bei ihnen kommt dem Umstand eine Bedeutung zu, daß hier die Beanstandung eines Mangels eine Prozeßhandlung der üblichen Art darstellt (684), und nur hier kann deshalb die Frage auftreten, in wessen Prozeß eine mangelhafte Prozeßvoraussetzung im weiteren Sinne (-d.h. ein Prozeßhindernis-) vorliegt. Ist nämlich die Einrede des erschienenen Genossen begründet, so führt dies die Beendigung seines Prozesses herbei; die gegen ihn gerichtete Klage muß durch Prozeßurteil abgewiesen werden (685). Handelt es sich bei dieser Fehlerhaftigkeit noch dazu um eine solches Prozeßhindernis (-d.h. mit anderen Worten Prozeßvoraussetzung im weiteren Sinne wie vorstehend besprochen-), die zufällig für die gesamte Prozeßlage

Prozeßhandlungen des erschienenen Genossen, die seinen Prozeß betreffen, werden von der Erstreckungswirkung erfaßt; für andere bedürfte er einer Bevollmächtigung (vgl. oben S. 161)!

- 683) Diese Rüge kann gemäß § 274 Abs. III ZPO zwar nur der Beklagte erheben (-vgl. auch Rosenberg, Lehrbuch § 89 IV 3 und VI): Insoweit ist die Untersuchung mit Recht nur auf den beklagten notwendigen Streitgenossen abgestellt. Dennoch gelten diese Erwägungen auch für den kägerischen notwendigen Streitgenossen, obgleich diesem kein Rügerecht -gegenüber den seiner eigenen Klage bzw. der seiner Genossen anhaftenden Mängel! - zukommt: Er kann aber noch v o r Rüge durch den Gegner die fehlenden positiven Prozeßvoraussetzungen beschaffen bzw. vorhandene negative beseitigen. Über seine diesbezügliche Unterlassung vgl. unten S. 206 f.
- 684) Vgl. aber unten Note 699. Ebenso Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/bb (-die dies zwar für die prozeßhindernde Einrede bejahen, obgleich sie eine solche Unterscheidung in ihrer Anm. 4a/aa allgemein verneint haben-); Kisch, S. 61; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III/1b (a.E.) und /2; sowie Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Bb.
- 685) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 89 IV 1; Baumbach-Lauterbach, § 275 ZPO, Anm. 1 B, 2 A; Lent InJ 90/96 zu 2; Fuhr, S. 15 zu bb.

der Genossen bedeutsam ist und darum sowohl vom erschienenen Genossen als auch vom säumigen gerügt werden könnte (686), so steht dem Eingreifen der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO nichts entgegen: Die vom erschienenen Genossen erhobene prozeßhindernde Einrede bewirkt damit die gesamte Abweisung der gegen alle notwendigen Streitgenossen gerichteten Klage (687).

Dieses Ergebnis könnte nach dem Gesagten (688) jedoch nicht eintreten, wenn die mangelhafte Prozeßvoraussetzung nur für das Verfahren des Säumigen Bedeutung hätte: Mangels Rügeerstreckung (689) würde der Verfahrensablauf weder gegenüber dem säumigen noch dem erschienenen Genossen - hier ja ohnehin nicht (690)! - gehindert werden können.

- b) Die Folgen der begrenzten Erstreckungswirkung für den Prozeß des säumigen Genossen.

Die Abweisung des Gegners mit seiner Klage gegenüber allen Genossen hat keine Besonderheit aufzuweisen. Fällt jedoch die Erstreckungswirkung für den säumigen Genossen aus (691), so vermag das klageabweisende Prozeßurteil nur

-
- 686) - diese Einschränkung wurde bei der Erörterung des Vertretungsverbots und seiner hindernden Einwirkung festgestellt; vgl. oben S. 161 zu b. Ebenso Hellwig, Lehrbuch III S. 160; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V 3; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III c.
- 687) Vgl. oben Note 685.
- 688) Vgl. oben Note 686.
- 689) Vgl. oben S. 161 zu b.
- 690) - deshalb, weil das Prozeßhindernis nicht im Rahmen seines Prozesses aufgetreten ist! Eine solche Betrachtungsweise verlangt der Grundsatz der Mehrheit der Prozesse; vgl. hierzu oben S. 160 -
- 691) Vgl. oben S. 166 zu Note 685; wenn dort von einer "begrenzten Erstreckungswirkung" gesprochen wird,

das Verfahren des erschienenen Genossen zu beenden, während das des säumigen bestehen bleibt: Mit dem Ausscheiden des erschienenen Genossen kann aber die Erstreckungswirkung nach § 62 ZPO nicht mehr eingreifen und somit auch der ausgebliebene Genosse nicht vor den Säumnisfolgen bewahrt werden (692).

aa) Erste Alternative des § 62 ZPO.

Auf Grund der Zulässigkeit der Einzelklage (693) kann das Ausscheiden des erschienenen Genossen hier keinen Einfluß auf die Klage gegenüber den anderen Genossen haben (694). Während also auf der einen Seite der Kläger gegen den erschienenen Genossen abgewiesen wird, dringt er auf der anderen Seite gegen den ausgebliebenen Genossen durch. Denn mit dem Ausscheiden des erschienenen Genossen aus dem Verfahren wird die notwendige Streitgenossenschaft aufgelöst (695) und damit § 62 ZPO unanwendbar (696): Darum kann durch verschiedenartige Prozeßergebnisse auch der Grundsatz der einheitlichen Entscheidung nicht mehr verletzt werden.

so ist dies mit einem "Ausfall" der über diese Begrenzung hinausgreifenden Einwirkung identisch.

- 692) - über die weiteren Säumnisfolgen vgl. unten S. 229 zu Note 1007; so auch Wolff, S. 11 vor b; Hachenburg, S. 47. -
- 693) Vgl. oben Note 141.
- 694) Die übrigen Genossen könnten somit weiterhin im Prozeß - ihrem Prozeß! - bleiben; so Lent IhJ 90/96 (a.E.); Fuhr, S. 15 zu bb/b'; Wolff, S. 10 (a.E.); Nikisch, § 110 III 2.
- 695) - daß dies nach der hier vertretenen Konstruktion der notwendigen Streitgenossenschaft nicht ausgeschlossen ist, wurde bereits behandelt; vgl. oben S. 110/111 und S. 140 -
- 696) Vgl. die parallele Lage bei der Klageabänderung oben S. 155 f. für beide Alternativfälle des § 62 ZPO.

bb) Zweite Alternative des § 62 ZPO.

In diesem Falle bewirkt die Natur der auf der Beklagten-seite stehenden konkret-notwendigen Streitgenossenschaft, daß durch das Ausscheiden des erschienenen Genossen nicht mehr alle nach dem materiellen Recht beteiligten Rechtsinhaber (697) verklagt sind und die noch übrige Klage des Gegners gegen den säumigen Genossen gleichfalls als unzulässig abzuweisen ist (698).

Im Ergebnis zeigt sich damit, daß bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft die Frage nach dem Einwirkungsverhältnis der Fehlerhaftigkeit auch einer Prozeßvoraussetzung im weiteren Sinne hinsichtlich der verschiedenen Prozesse der Genossen ebenso ohne jede Bedeutung ist wie bei den Prozeßvoraussetzungen im engeren Sinne (699). Allein für die abstrakt-notwendige Streitgenossenschaft kommt dieser Unterscheidung (700) für die Prozeßvoraussetzungen im weiteren Sinne eine wesentliche Bedeutung zu (701).

-
- 697) Vgl. oben S. 42 zu Note 150.
- 698) Vgl. dazu oben S. 128; ebenso Lent IhJ 90/96 zu 2; Fuhr, S. 15 zu bb/a'; Wolff, S. 10 (a.E.) - in Widerspruch zu S. 9 aaO. -; Nikisch, § 110 III 2.
- 699) Damit ergibt sich hier eine Einschränkung des zu oben S. 162 zu Note 672 Gesagten.
- 700) - auch Fuhr, S. 15 zu bb (a.E.) vertritt diese Unterscheidung -
- 701) Darin bestätigt sich abermals die oben S. 54/55 abgelehnte Gleichbehandlung beider Alternativfälle der notwendigen Streitgenossenschaft.

3. Abschnitt: Besondere Prozeßvoraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft.

§ 1: Die gemeinschaftliche Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft.

Die notwendige Streitgenossenschaft im Falle der zweiten Alternative des § 62 ZPO (702) zeichnet sich dadurch aus, daß die Klage durch bzw. gegen die sie bildenden Rechtsbeteiligten nur gemeinschaftlich erhoben werden kann, andernfalls sie als prozessual unzulässig abzuweisen (703) ist. Dieser Umstand beruht auf der besonderen Ausgestaltung des Prozeßführungsrechts der notwendigen Streitgenossenschaft dieser Art, die nur alle zusammen als die richtige Partei gelten läßt (704).

Die Bedeutung dieses Prozeßführungsrechts liegt somit darin, daß es eine echte "Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage, der Sachverhandlung und der Sachentscheidung" (705) bildet und damit als eine der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft eigentümliche Prozeßvoraussetzung klassifiziert werden muß (706), die von Amtswegen zu beachten ist (707). Wegen dieser Abhängigkeit der einmal erhobenen Klage und ihres Erfolgs von der Mitarbeit der anderen betroffenen Rechtsbeteiligten kann mangels eines gesetzlichen Zwanges (708) hierzu insoweit nur von einer

702) Vgl. oben Note 142 und unten Note 710.

703) Vgl. oben S. 128 zu Note 519.

704) Vgl. oben S. 128 zu Note 517.

705) So Rosenberg, Lehrbuch § 45 III 1.

706) Vgl. dazu Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 50 ZPO, Anm. 4 A; Fuhr, S. 45 vor § 12 und S. 2 vor § 2; Rosenberg, Lehrbuch § 45 III 1, § 89 I 1, 2, sowie aaO. II 2; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B Ib 1.

707) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 45 III 5.

708) Vgl. oben Note 597 und Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B Ia, der dies offensichtlich auf die notwendige

Last (709) des Klägers gesprochen werden, seinen Prozeß ausschließlich mit bzw. gegen alle Genossen zu begründen (710, 711).

§ 2: Der Gerichtsstand der notwendigen Streitgenossenschaft.

Allen Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft ist gemeinsam, daß ein besonderer gesetzlicher Gerichtsstand nicht vorgeschrieben ist (712). Die vom materiellen Recht so eindringlich der Prozeßordnung vorgehaltene Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung ist daher in ihrer Ausführung empfindlich eingeschränkt, weil sie nur in den jeweiligen anhängigen Verfahren d e s s e l b e n Gerichts beachtet werden kann (713).

Streitgenossenschaft der ersten Fallalternative (-vgl. oben Note 141-) bezieht und dabei zudem noch Urteile zitiert, die selbst von der Annahme ausgehen, daß die dort zu entscheidenden Sachverhalte k e i n e notwendige Streitgenossenschaft im Sinne von § 62 ZPO zu bilden vermögen!

- 709) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 94 I 2a (a.E.) gegen Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B Ia.
- 710) Der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft der ersten Fallalternative ist eine solche Last ohnehin wesensfremd (-vgl. oben Note 141-); sie hatte deshalb bei dieser Betrachtung auszuschneiden.
- 711) Über die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO bei der Fehlerhaftigkeit dieser Prozeßvoraussetzung auf seiten des Klägers vgl. oben S. 117 f.; auf seiten des Beklagten vgl. oben S. 163 f.
- 712) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 94 III 1b. Dieser sowie Medicus, S. 3 zur Anm. 11, weisen auf eine Vergleichung mit dem österreichischen Recht (Jurisdiktionsnorm § 93) hin: "Es wird hier eine Art 'allgemeiner Gerichtsstand des Sachzusammenhangs' anerkannt, den die deutsche ZPO nicht kennt" (RGZ 50/424).
- 713) Vgl. Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B I.

Zwar ist die gemeinschaftliche Prozeßbegründung bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft (714) ausreichend gesichert (715); die Zuständigkeitsfrage bleibt damit aber noch für den Fall ungelöst, daß diese Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite mit unterschiedlichen Gerichtsständen besteht. Denn wenn auch alle Genossen verklagt wurden, so sind - wie überhaupt auch bei den Prozessen durch bzw. gegen eine abstrakt-notwendige Streitgenossenschaft (716) ohnedies - diese verschiedenen, nur auf den einzelnen Genossen beschränkt zuständigen Gerichte zu einer solchen einheitlichen Entscheidung keineswegs in der Lage: gegen den Willen des Klägers können nämlich solche Verfahren nicht verbunden werden (717). Es muß daher festgestellt werden, daß die Verfahrensordnung gegenüber dieser Gefährdung des Gebots zur einheitlichen Entscheidung des notwendigen Streitgenossenschaftsprozesses **n i c h t s** (718) unternimmt (719), damit nicht weitere Klagen bei verschiedenen Gerichten erhoben werden können und so das Entstehen der Streitgenossenschaft bei **e i n e m** Gericht gesichert wäre.

Aus diesem Grunde erscheint es unbedingt erforderlich, daß

-
- 714) Vgl. oben Note 142.
- 715) Vgl. oben S. 170 zu § 1.
- 716) Vgl. oben Note 141.
- 717) Für diesen Fall könnte nur der Antrag des Klägers nach §§ 36 Ziff. 3, 37 ZPO auf Bestimmung eines zuständigen Gerichts aushelfen; die Möglichkeit einer Verbindung nach § 147 ZPO besteht eben schon tatbestandsmäßig nicht (-vgl. Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B I, B Ib-).
- 718) - das ist **m e h r** als der Vorwurf Lents IhJ 90/100, daß das Gesetz hierfür "so wenig tut"! -
- 719) Vgl. aber die Ausnahme des § 856 Abs. II ZPO, der anschließend behandelt wird; bea. auch unten zur Note 722.

der Gesetzgeber für diese Fälle (720) eine einheitliche Zuständigkeit schaffte. Lent (721) kommt das Verdienst zu, diesen Mangel erkannt und ausgesprochen sowie zu seiner Behebung eine Regelung nach dem Vorbild der Bestimmung des § 856 Abs. II ZPO vorgeschlagen zu haben. Jene Vorschrift betrifft eine notwendige Streitgenossenschaft der ersten Fallalternative (722) des § 62 ZPO und bietet sich daher schon aus diesem Grunde zur Ableitung einer allgemeinen Zuständigkeitsordnung der notwendigen Streitgenossenschaft an: Der Prozeß, den ein Pfändungspfandgläubiger gegen den Schuldner auf Erfüllung der diesem nach den §§ 853-855 ZPO obliegenden Verpflichtungen anstrengt, begründet für alle anderen Pfändungspfandgläubiger hinsichtlich deren Rechtsverfolgung (723) die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts. Auf diese Weise wird gewährleistet, daß das über die genannten Verpflichtungen des Schuldners erstrittene Urteil gegenüber allen Gläubigern einheitlich ergeht.

Diese nämliche, allen Alternativen des § 62 ZPO gemeinsame Forderung (724) legitimierte daher eine entsprechen-

-
- 720) - gemeint sind beide Alternativen der notwendigen Streitgenossenschaft; ebenso Lent IhJ 90/100.
- 721) Vgl. Lent IhJ 90/100.
- 722) - weil es sich um eine Rechtskrafterstreckung gemäß § 856 Abs. IV ZPO handelt; vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 293 zu IV 1a (a.E.); und oben Note 141 -
- 723) Ohne Bedeutung bleibt daher der Umstand, daß in diesem Zusammenhang ein Klagerecht nur für den Erstkläger besteht (-vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 192 III 4 (a.E.); Baumbach-Lauterbach, § 856 ZPO, Anm. 2-) und daher diese Rechtsverfolgung der Nachfolgenden nur im Wege der "Anschließung" (§ 856 Abs. II ZPO) möglich ist, die als ein Sonderfall der gesetzlichen Parteiänderung (Rosenberg, Lehrbuch § 41 II 1) das ursprüngliche Prozeßrechtsverhältnis erweitert und somit der Klageerhebung gleichgesetzt werden kann.
- 724) Vgl. oben S. 49 vor § 3 sowie S. 40.

de Regelung für alle Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft (725) schon aus deren Zweckbestimmung. Mit Recht ist hierfür auf die besondere Bedeutung hingewiesen worden (726), die dem "gebieterischen Erfordernis der einheitlichen Entscheidung, die auf andere Weise nicht gesichert werden kann", zukommt; ihr gegenüber müßte eine Abweichung von der üblichen Zuständigkeitsregelung und eine damit verbundene Erschwerung der Parteilätigkeit zurücktreten. Nachdem gerade vorliegende Arbeit für ihre Lösungsvorschläge diesen Einheitlichkeitsgrundsatz (727), den sie bei allen in der Durchführung der bei der notwendigen Streitgenossenschaft auftretenden Problemen als uneingeschränkte Richtlinie hervorgehoben hat, in den Mittelpunkt stellt (728), ist es selbstverständlich, daß sie sich dem Vorschlag Lents anschließt.

-
- 725) So auch Lent IhJ 90/100.
726) Vgl. oben Note 725.
727) Vgl. oben S. 2 zu Note 6 und oben Note 129.
728) Vgl. oben S. 36 zu § 1.

3. Kapitel

Die Prozeßhandlungen

1. Abschnitt: Prozeßhandlungen des allein erschienenen Genossen.

1. Teil: Allgemeine Bedeutung des § 62 ZPO für die Prozeßhandlung des erschienenen Genossen.

§ 1: Die Prozeßhandlung in ihrer von Nebenwirkungen entkleideten Form.

Das eigentliche Betätigungsfeld der Erstreckungswirkung liegt - offensichtlich - auf dem weiten Gebiete der Prozeßhandlung (729). An dieses wird der unbefangene Leser des § 62 ZPO zuvorderst erinnert, wenn er sich die Durchführung der dortigen Anordnung, daß die säumigen notwendigen Streitgenossen "als durch die nichtsäumigen vertreten angesehen" werden, klarzumachen versucht. Wenn auch die bisher erörterten Gegenstände zunächst nicht in ihrer Prozeßhandlungsqualität zu erkennen waren (730), so mußte doch berücksichtigt werden, daß jedes rechts- und prozeßerhebliche Ereignis von den Parteien nur vermittels einer solchen Prozeßhandlung - in dem allgemeinen

729) "Prozeßhandlungen der Partei können nicht nur Handlungen im eigentlichen Wortsinn sein, sondern auch in der Unterlassung einer solchen bestehen" (-so Rosenberg, Lehrbuch § 59/1; a.A. wohl Baumgärtel, § 6 I, S. 31; vgl. jedoch auch Baumgärtel, aaO. S. 30 zur Anm. 161-). Für die Arbeit erscheint ein weiteres Eingehen auf diese Frage nicht erforderlich; vgl. aber unten S. 206 f. So wie hier auch Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 5 A. Über den hier im erweiterten Sinne gebrauchten Begriff des "Handelns" des erschienenen Genossen vgl. auch oben Note 278. Auch was außerhalb der Verhandlung geschieht, ist nach Sinn und Wortlaut des § 62 ZPO für die vorliegende Problemstellung nicht uninteressant (vgl. Wiczorek, § 62 ZPO, Anm. B IIa; bes. aber hier oben S. 95 zu c).

730) Vgl. z.B. die Besprechung der Prozeßvoraussetzungen oben S. 158 zu b.

Sinne einer Handlung innerhalb eines Prozesses - in das Verfahren eingeführt werden kann; die bisher erörterten Gegenstände waren daher nach dementsprechender Auflösung unter diesem Gesichtspunkt zu überprüfen. Soweit dieses Verhalten des erschienenen Genossen Prozeßhandlungscharakter schlechthin aufwies, hat die Arbeit von Anfang an die zwingende Anwendbarkeit des § 62 ZPO bejaht (731). Insofern wurde auch jede Unterscheidung der Erstreckungswirkung nach dem Gesichtspunkt, ob sie auf einer vom erschienenen Genossen selbst abgegebenen oder von diesem entgegengenommenen Prozeßhandlung beruht, eindeutig abgelehnt (732).

- a) Die Charakteristik der einzelnen Prozeßhandlung als untaugliches Unterscheidungsmerkmal.

Von seinem Gesetzeszweck (733) und der hierauf ausgerichteten Durchkonstruktion (734) seiner Prozeßfigur können daher aus § 62 ZPO von vornherein keine überzeugenden Gründe dafür hergeleitet werden, aus den Prozeßhandlungen jeweils einzelne mit zufällig anhaftenden besonderen Eigenschaften vom Geltungsbereich der Erstreckungswirkung auszunehmen (735). So fehlt es überhaupt an jeglicher Grundlage, lediglich die "prozeßbetreibenden" Prozeßhandlungen

-
- 731) Vgl. oben S. 79/80.
- 732) Vgl. oben S. 85 zu Note 334 und S. 86 zu Note 335.
- 733) Vgl. oben S. 2 zu Note 6.
- 734) Vgl. oben S. 107 f. zu § 2.
- 735) Soweit die Frage der unterschiedlichen Vornahmemodalität (-vgl. oben S. 96-) anders als wie von der Arbeit vorgeschlagen zu beantworten wäre, müßte sie auch unter vorstehendem Gesichtspunkt überprüft werden. Vgl. auch unten S. 179 zu Note 752.

im Gegensatz zu den "prozeßbeendenden" unter die Erstreckungswirkung zu fassen (736): Dem steht außerdem der Hinweis gegenüber, daß sämtliche Prozeßhandlungen zur Beschaffung der richterlichen Urteilsgrundlage dienen (737) und daher nicht eo ipso den Prozeß beenden können; auch wenn durch sie ein Rückschritt in den materiellen Erfolgsaussichten oder der Erwartung der baldigen Urteilserlassung eintreten sollte, könnte nicht übersehen werden, daß damit die Prozeßlage insgesamt betroffen und auf diese Weise dennoch weiterentwickelt wurde. Auch der Umstand, daß in solchen Erwägungen letztlich ein Schutzgedanke anklingt (738, 739), der mit der Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft ebenso nicht zu vereinbaren ist (740) wie die Unterscheidung der Prozeßhandlungen nach dem Grade ihrer Günstigkeit (741) für den einen oder anderen Genossen, muß zur Ablehnung derartiger Bestrebungen führen.

Schließlich folgt aus dieser wesentlichsten Funktion der Prozeßhandlung - Beschaffung der Urteilsgrundlage - noch ein weiteres: Nämlich die Forderung aufzustellen, es müsse sich bei den dem § 62 ZPO vorbehaltenen Prozeßhandlungen um solche handeln, die eine Entscheidung herbeizuführen geeignet sind (-weil durch jene Vorschrift die Vermeidung divergierender Entscheidungen bezweckt

736) So Wachenfeld, S. 133 f.

737) So Rosenberg, Stellvertretung, S. 86, und Lehrbuch § 53 II 3; sowie Fuhr, S. 13 zu § 5 I 1a.

738) So auch Fuhr, S. 13 zu § 5 I 1a.

739) Wegen der grundsätzlichen Erörterung der Prozeßhandlung in ihrem Zusammenhang mit § 62 ZPO läßt sich eine Wiederholung der bisherigen Arbeitsergebnisse (vgl. unten Note 740) nicht umgehen.

740) Vgl. oben S. 68 zu Note 264, S. 113 zu Note 464.

741) Vgl. oben S. 113 zu Note 463, sowie Noten 345, 739. Die gleiche Ansicht vertreten Lent IuJ 90/72 zu 3; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV.

werde (742) -, ist unbehelflich und schießt über das Ziel der durchaus gebotenen Überprüfung hinaus: Denn eine solche Erwägung übersieht, daß letztlich jede Prozeßhandlung in ihrer Eigenschaft, die Entscheidungsbasis mitabzugeben, schon ihrem Wesen nach ohnehin einen in diesem Sinne auf die Prozeßentscheidung hinsteuernnden Beitrag leistet. Dies gilt auch für jene Prozeßhandlungen, deren typische Wirkung darin besteht, daß sie von dem ursprünglich angestrebten Urteil wegführen (743), weil sie ebenfalls einen die Streitentscheidung bezweckenden Beitrag zur Prozeßbeendigung leisten. Kommt daher in vorliegendem Zusammenhang dem Gedanken der Divergenzvermeidung naturgemäß keine Bedeutung zu (744), so ist er damit dennoch für jene denkbaren Prozeßsituationen keineswegs ausgeschaltet, denen die Verfahrensordnung keine Regelung durch eine prozeßbeendende Entscheidung des Gerichts vorbehalten hat (745). Zudem liefe eine solche Betrachtung wieder darauf hinaus, daß eben doch die - wenn auch nur mittelbar - "prozeßbeendenden" Prozeßhandlungen eliminiert würden (746)!

- b) Unterscheidungsfaktoren der Prozeßhandlung von rechtlicher Bedeutung für den Lösungsvorschlag.

Wenn trotzdem nicht jede Prozeßhandlung schlechthin (747) von der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO erfaßt wird,

-
- 742) So Fuhr, S. 13 zu § 5 I vor 1, S. 15 zu 3.
743) Vgl. Klagerücknahme (oben S. 140), Vergleich (unten Note 745).
744) - insoweit ist Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V vor 1, zuzustimmen, wenn sie die Gefahr divergierender Prozeßergebnisse allein für die Anwendbarkeit des § 62 ZPO nicht für ausreichend erachten; vgl. aber oben Note 407.
745) Vgl. dazu unten S. 199 zu Note 865, und oben S. 100 zu § 6.
746) Vgl. oben S. 177 zu Noten 736, 737.
747) Vgl. oben Note 739.

so nicht als Folge einer Auslese nach bestimmten, der Prozeßhandlung innewohnenden oder beigefügten Eigenschaften: Vielmehr sind es die aus Wortlaut, Tatbestandsvoraussetzungen, Auslegung und den daraus entwickelten Grundsätzen dieser Vorschrift allgemein abgeleiteten Richtlinien (748), die bei der prozeßrechtlichen Subsumtion der Parteihandlung des erschienenen Genossen unter § 62 ZPO eine Absonderung der insoweit übereinstimmenden Prozeßhandlungen von den übrigen erfordern. Als solche stellt diese Absonderung unbestreitbar eine von der oben abgelehnten Qualifizierung der Prozeßhandlungen schon wesensmäßig abgehobene Art von Überprüfung dar. Das Vertretungsverbot (749) und seine Folgerungen (750) läßt nämlich nur jene Prozeßhandlungen als Objekt der Erstreckungswirkung zu, die sowohl in der Person des erschienenen Genossen als auch der des säumigen rechtserheblich sein können (751). Andererseits entfällt nach Ansicht der Arbeit eine Unterscheidung der Prozeßhandlungen nach Maßgabe ihrer Vornahmemodalität (752): Eine bloß fakultative Tatbestandsmäßigkeit von Prozeßhandlungen (753) wird hier aus den Gründen der Unbeeinflussbarkeit der Erstreckungswirkung aus § 62 ZPO abgelehnt (754).

-
- 748) -auch innerhalb der hier behandelten Gruppe der "reinen" Prozeßhandlungen (vgl. Überschrift des § 1 zu oben S. 175)-
- 749) Vgl. oben S. 72 zu Note 274 und S. 82 zu aa.
- 750) Vgl. oben S. 97 zu § 5.
- 751) -zur Begründung wird auf oben S. 100 verwiesen-
- 752) Vgl. oben S. 96.
- 753) Vgl. oben Noten 751, 752.
- 754) Damit ist erneut auf die aufgezeigte Bedeutung

c) Zusammenfassung.

Unter diesen geschilderten, allein vom Einheitlichkeitsgrundsatz (755) inspirierten (756) Bedingungen wird die oben (757) herausgestellte Anwendbarkeit des § 62 ZPO auf diese von materiellen Nebenwirkungen entkleideten Prozeßhandlungen bestätigt, - offen bleibt damit allerdings noch diese Frage für den Fall, wenn derartige Nebenwirkungen in der Tat auftreten.

§ 2: Die Prozeßhandlung mit materiell-rechtlicher Nebenwirkung.

a) "Prozeßhandlungen" als Mischtatbestände.

Das Typische (758) der prozessualen Wirkung der Prozeßhandlung zeigt sich grundsätzlich in ihrem prozeßgestaltenden Einfluß auf die Verfahrensentwicklung (759) und in ihrer Einwirkung auf das angestrebte Urteil selbst (760) - wenn auch in teilweise unterschiedlichem Ausmaße (761): Eine materiellrechtliche Eigenwirkung muß ihr demzufolge unbekannt bleiben. Wenn aber durch die strikte Ablehnung des Vertretungsgedankens (762) der Vorschrift des § 62 ZPO

der verschiedenen Verlautbarungsmodalitäten (vgl. oben S. 96 f.) hingewiesen.

- 755) Vgl. oben Note 6 und S. 37 zu Note 129.
- 756) Vgl. oben S. 107 f. zu § 2.
- 757) Vgl. oben S. 176 zu Note 731.
- 758) Vgl. Baurbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 5 A; Baumgärtel, § 9 I, S. 80; Rosenberg, Lehrbuch § 59/1.
- 759) So Baumgärtel, § 9 I, S. 80.
- 760) So Baumgärtel, § 9 II, S. 87.
- 761) So Baumgärtel, § 9 II, S. 88.
- 762) Vgl. oben S. 72 zu Note 274, S. 82 zu aa.

ausschließlich ein prozeßbezogener Charakter zugesprochen wurde (763), so schließt dieser Umstand jedoch keinesfalls aus, daß sich die hierunter fallende Prozeßhandlung möglicherweise auch nach materiellem Recht beurteilen läßt (764). Denn ebensowenig wie materielle Rechtsgeschäfte durch ihre zufällige Vornahme innerhalb eines Verfahrens zu Prozeßhandlungen werden müssen (765), ändern solche außerhalb des Verfahrens vorgenommene prozeßbezogene Handlungen zwangsläufig ihren Charakter in materielle Rechtsgeschäfte (766). Die scharfe Trennung von Prozeß- und materiell-rechtlicher Handlung widerspricht nicht der Feststellung, daß in demselben Parteiverhalten die Merkmale einer Prozeßhandlung und eines materiell-rechtlichen Rechtsgeschäfts enthalten sein können (767); damit ist die Möglichkeit eines "Mischtatbestandes" eröffnet. Jedoch braucht hier nicht entschieden zu werden, ob solche doppelfunktionale Vorgänge wirklich einen Tatbestand mit jeweils zwei verschiedenen Rechtsordnungen angehörigen Rechtsfolgen darstellen oder aber einen Lebensvorgang tatsächlicher Art mit

-
- 763) Vgl. oben S. 110 zu Note 446, S. 112 zu Note 455.
- 764) - ob diese Möglichkeit auf Grund eines bloßen materiellrechtlichen Beieffekts (vgl. Baumgärtel, § 9 IV, S. 89) oder einer materiellrechtlichen selbständigen Rechtsfolge (vgl. Baumgärtel, § 9 V, S. 90) besteht, ist hier ohne Bedeutung. Denn wesentlich ist für die hier zu untersuchende Frage, daß die vom erschienenen Genossen vorgenommene Handlung auch materiellrechtlich zu beurteilen ist; vgl. auch Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 5 H. -
- 765) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 59/1 (a.E.), sowie /2a und b.
- 766) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 59/1 (a.E.), sowie /2a und b; Baumgärtel, § 27 I/7, S. 230, § 27 II/7, S. 247, § 27 III/6, S. 260, § 30 III, IV, S. 279; Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 5 C.
- 767) So Rosenberg, Lehrbuch § 59/3; Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 5 J.

mehreren, von verschiedenen Rechtsordnungen aus zu betrachtenden Tatbeständen rechtlicher Art (768) bilden (769). Jedenfalls kann die Arbeit nicht darüber hinweggehen, daß eine im Prozeß vorgenommene Handlung des erschienenen Genossen durchaus auch eine materiell-rechtliche Wirkung als zufällige Begleiterscheinung aufweisen kann (770).

b) Trennung der materiell-rechtlichen und prozessualen Betrachtung der Prozeßhandlung.

Trotzdem sprechen logische Gründe dafür (771), daß das Prozeßrecht ausschlaggebend für die Frage bleiben muß, ob eine solche Handlung in ihrer prozeßrechtlichen Seite prozessual wirksam geworden ist, wie es das materielle Recht für die materiellrechtliche Seite und deren Wirksamwerden bleibt. Die Rivalität beider Betrachtungsweisen (772) darüber, ob eine Handlung des erschienenen Genossen wirksam ist, kann daher keiner absoluten Lösung zugeführt werden, sondern nur einer zur jeweiligen Betrachtungsweise relativen: Ist diese Handlung nach der einen unwirksam, nach der anderen aber wirksam, so kann ein derartiger Unterschied nur in diesem, nicht aber auch in jenem Rechts-

768) Vgl. Baumgärtel, § 9 V, S. 90/91.

769) Wann also die Prozeßrechtswissenschaft eine Doppelnatur der Prozeßhandlung im Einzelfall annimmt, kann für den Problemkreis der Arbeit auf sich beruhen, weil sie nur deren Auswirkungen in der notwendigen Streitgenossenschaft zu prüfen hat, d.h. für den Fall, daß diese Charakterisierung vorgenommen worden ist. Ob eine solche Doppelnatur demnach zu Recht anzunehmen ist, hat die Arbeit nicht zu prüfen.

770) Vgl. Baumgärtel, § 9 V, S. 90/91 und dort Anm. 76.

771) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 59/2 vor a; Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 5 D.

772) -trotz der grundsätzlichen Unterordnung des Prozeßrechts unter das materielle Recht, vgl. oben S. 77 zu Note 294 und unten S. 185 zu Note 789-

kreis berücksichtigt werden (773). Der grundsätzliche Rechtsgedanke des § 139 BGB von der eventuellen Expansionskraft der Teilnichtigkeit eines materiellen Rechtsgeschäfts findet sich im Prozeßrecht **n i c h t** (774): Das beruht auf der Trennbarkeit der beiden Betrachtungsweisen (775), die sich nicht gegenseitig bedingen (776).

- c) Folgerungen hinsichtlich der Erstreckungswirkung aus § 62 ZPO.

Für die Probleme bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft besagt die Anwendung dieser Grundsätze, daß eine etwaige materiell-rechtliche Unwirksamkeit der im Prozeß vorgenommenen Rechtshandlung **k e i - n e n** Einfluß auf deren prozessuale Wirksamkeit - so weit dieselbe nach den Verfahrensvorschriften gegeben ist - hat. Daher stellt sich hier heraus, daß es demnach nur für die eigenen Belange des materiellen Rechts sinnvoll sein kann zu fragen (777), ob die Handlung des erschienenen Genossen eine "Verfügung" (778) darstellt, weil

-
- 773) So für das Anerkenntnis: Rosenberg, Lehrbuch § 131 I 6d (a.E.).
- 774) Zum selben Ergebnis gelangt auch Baumgärtel, § 20 I, S. 147, wenngleich er diese Frage von ihrer materiellrechtlichen Betrachtung angeht.
- 775) Vgl. Baumgärtel, § 20 I, S. 146 (a.E.).
- 776) Darum muß insoweit auch der Begriff der Doppelfunktionalität aus dem Prozeßrecht ausgeschieden werden; vgl. Baumgärtel, § 23, S. 23 (a.E.); Rosenberg, Lehrbuch, § 131 I 6d.
- 777) Diese Frage wurde schon oben, S. 81 zu b, Note 316 und S. 85 zu Note 331, als unpräzise ausgewiesen.
- 778) - in dem oben, S. 81 zu Note 314, dargelegten Sinne -

sie dann dort für ihren Bereich mangels Ermächtigung (779) unwirksam ist; für den Prozeßablauf selbst kommt dieser Frage aber keine derartige überragende Bedeutung zu.

Dennoch bleibt bei dieser scharfen Trennung beider Rechtsmaterien (780) eine Berührungsstelle zwischen ihnen erkennbar: Wenn auch die einzelne, im Gewande einer Prozeßhandlung vorgenommene Rechtshandlung auf dem Bereich des materiellen Rechts nicht die dort vorgesehene Wirkung haben kann (781), so darf sie dennoch nicht als für denselben nichtexistent und darum ohne jede Bedeutung betrachtet werden: Hier zeigt sich die eigentliche Rolle des Umstandes, den die Erörterungen der Prozeßführung (782) und deren Erkennung als Gegenstand des materiell-rechtlichen "Verwaltungshandelns" (783) aufgezeigt haben: Wird nämlich die doppelfunktionale Handlung in ihre beiden Inhalte zerlegt (784), so mag sie zwar in ihrem sachlich-rechtlichen Teil unwirksam - d. h. erfolglos - sein (785), als Ausübung des Prozeßführungsrechts hingegen bleibt dieser Inhaltsteil aber auch vom sachlichen Recht aus betrachtet ein - wenn auch nicht in seinem Ergebnis, so aber doch in seiner **V o r n a h m e** sehr wohl sachlich-rechtlich wirksamer - Bestandteil jener

-
- 779) Vgl. darüber, daß das Vorliegen einer solchen Vollmacht der Anwendbarkeit des § 62 ZPO entgegensteht, oben S. 82 zu Note 317 sowie unten Note 808.
- 780) Vgl. oben Note 767.
- 781) - denn dies wird hier in diesem Zusammenhang unter "Unwirksamkeit" verstanden -
- 782) Vgl. oben S. 121 zu Note 490.
- 783) Vgl. oben S. 83 zu bb.
- 784) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 128 ZPO, Anm. 5 J.
- 785) - etwa aus den oben (Note 779) genannten oder auch aus anderen Gründen -

materiell-rechtlichen Tätigkeit, die eben dieses materielle Recht in dem Umgang mit Rechten und Rechtspositionen (786) anerkennt und zuläßt, o h n e daß es sich dabei jeweils immer um "Verfügungen" (787) handeln müßte (788), damit ihre Rechtsgültigkeit gegenüber den anderen Genossen bejaht werden kann. Insoweit bleibt auch das Ober- und Unterordnungsverhältnis zwischen beiden Rechtsmaterien gewahrt (789).

Die Arbeit hat somit durch diese Erörterung ein weiteres wichtiges Ergebnis darin gewonnen, daß es nämlich dahingestellt bleiben kann, ob einer Prozeßhandlung des erschienenen Genossen eine solche Doppelnatur mit Recht zugesprochen wird oder nicht (790); denn selbst wenn dies bei einzelnen anzunehmen wäre (791), müßte das Prozeßrecht den für seinen Bereich zu bejahenden (792) Vorrang in der Überprüfung nach der prozessualen Wirksamkeit beibehalten (793), - betrifft sie doch einen Gegenstand,

786) Vgl. oben S. 81 f.

787) Vgl. oben Note 778.

788) Vgl. oben S. 85 zu Note 333, S. 90 zu Note 350, S. 108 zu Note 424.

789) Vgl. oben Note 294 und unten Note 792.

790) - dies entspricht schon der Forderung aus der thematischen Aufgabenstellung -

791) Vgl. aber oben Note 776.

792) Vgl. aber oben zu Note 789 und oben S. 182 zu Note 771.

793) Die Anhänger der Lehre von der Doppelnatur behaupten nämlich auch garnicht, daß die jeweilige Partei-handlung auf Grund dieses Charakters genauso wirksam sowohl innerhalb als auch außerhalb des Prozesses vorgenommen werden könnte (-vgl. dazu Baumgärtel, vor § 20, S. 142, der deshalb bei seiner Untersuchung über die tatsächliche Existenz einer solchen Doppelnatur mit Recht von der Frage ausgeht, ob diese Partei-handlungen z w i n = g e n d innerhalb des Verfahrens vorzunehmen sind

der letztlich auch nach materiellem Recht als Prozeßführungs- u n d Verwaltungsmaßnahme gültig ist (794). Mag die einzelne Handlung des erschienenen Genossen auch insoweit unwirksam sein, als sie in materiellrechtlicher Sicht ein materielles Rechtsgeschäft darstellen sollte, das mangels Bevollmächtigung ihres Urhebers den damit beabsichtigten Erfolg nicht nach sich zu ziehen vermag, so ist dennoch die Möglichkeit zu bejahen, daß sie insoweit wirksam wird, als sie in prozeßrechtlicher Sicht eine Prozeßhandlung darstellt, die - eingebettet in das Prozeßführungsrecht - rechtswirksam vom erschienenen Genossen vorgenommen worden ist (795).

bzw. ob ein absoluter Zusammenhang zwischen der prozessualen und der materiell-rechtlichen Funktion dieser Parteihandlungen (aaO, § 10 III, S. 99 a.E.) besteht-). Vielmehr ist auch ihre Ausgangsposition darin zu sehen, daß eine Parteihandlung i m Prozeß vorgenommen wird, d a r u m zunächst Prozeßhandlungscharakter einnimmt, u n d außerdem materiell-rechtlicher Nebenwirkungen wegen auch rechtsgeschäftlicher Natur sein müsse: Der prozeßrechtliche Charakter der einen Seite dieser Doppelnatur kann damit auch nicht von den Anhängern dieser Lehre geleugnet werden, - und hieran knüpft die Arbeit vorstehend an. Daß aber eine solche im Prozeß vorgenommene Partei-handlung allein materiell-rechtlichen Charakter hätte, ist in Lehre und Rechtsprechung längst -vgl. Baumgärtel, § 20 I, S. 143 Anm. 1- als irrig anerkannt worden.

794) Vgl. oben S. 184 zu Note 782.

795) Aus diesem Grunde kann im folgenden die ältere Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich der sogenannten "Dispositionsakte" nicht mehr herangezogen werden, weil ihnen die rein prozessuale Betrachtung dieser Prozeßhandlungen fremd war (vgl. z.B. RG JW 1899/453; 1902/162; 1903/21; RG Gruchot 46/665 u.a.).

2. Teil: Einzelne Prozeßhandlungen

§ 1: Verzicht und Anerkenntnis.

Diese beiden Parteihandlungen, die nach der Prozeßordnung in §§ 306, 307 ZPO den prozessualen Anspruch (796) des Gegners auf Erlaß eines dementsprechend zu beantragenden Urteils begründen, sind gemeinsam zu behandeln (797), weil nach dogmatischer Betrachtung die eine als Gegenstück der anderen erscheint (798): Enthält diese das Zugeständnis, daß der prozessuale Anspruch nicht besteht (799), so gibt hingegen jene das seines Bestehens (800).

Hinsichtlich der Rechtsnatur (801) dieser Parteihandlungen braucht - wie dargelegt (802) - und kann (803) die Arbeit sich allerdings mit dieser Streitfrage **n i c h t**

796) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 307 ZPO, Anm. 3 A.

797) So auch Baumgärtel, § 20 I, S. 142; Samper, S. 15 zu b.

798) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Einführung zu §§ 306 f. ZPO, Anm. 1 A.

799) Daß es sich stets um den **p r o z e s s u a l e n** Anspruch handelt (vgl. Baumbach-Lauterbach, Einführung zu §§ 306 f. ZPO, Anm. 1A), übersieht Samper, S. 15 zu b. Das sachliche Recht berührt der prozessuale Verzicht bzw. Anerkenntnis **n i c h t**; in der Verfahrensordnung ist unter "Anspruch" stets der prozessuale zu verstehen (vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 88 I 2b; Baumbach-Lauterbach, Einleitung III, Anm. 7 D).

800) Vgl. oben Note 798.

801) Vgl. die reichhaltige Literaturzusammenstellung bei Baumgärtel, § 20 I, S. 143, Anm. 1 mit 3. Vgl. außerdem Lent, Rosenberg-Festschrift, S. 123 f.; Rosenberg, Lehrbuch § 59/2a und c, § 131 I 6 b mit d, II 2e; Schwab, ZZP 70/480; Wieczorek, § 54 ZPO, Anm. A I a mit b 1.

802) Vgl. oben S. 183 f. zu c.

803) - auf Grund ihrer thematischen Abgrenzung (vgl. oben Note 790) -

auseinandersetzen (804). Denn in folgerichtiger Fortentwicklung muß die hier vertretene Ansicht die Erfassung sowohl des Verzichts als auch des Anerkenntnisses durch die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO bejahen.

Als Parteihandlung (805) im gemeinsamen Verfahren der Genossen besteht demnach keine Möglichkeit, sie von dieser Wirkung auszunehmen, - aber auch keine Notwendigkeit! Dabei muß nämlich klar bleiben, daß die materiell-rechtliche Seite dieser Handlung des erschienenen Genossen richtigerweise (806) als "Verfügung" (807) zu klassifizieren und demnach mangels Ermächtigung unwirksam wäre (808). In prozessualer Hinsicht bildet aber unabhängig hiervon (809) dieses Verhalten des erschienenen Genossen ebenso wie auch sonst das *p r o z e s s u a l e* Verhalten einer Partei - beispielsweise ihre Säumnis oder ihr verspätetes Vorbringen (810) - gerade durch sich selbst die Urteilsgrundlage (811), nicht aber die *w a h r e m a t e r i e l l e* Rechtslage! Da gerade deren Übereinstimmung mit dem erklärten Prozeßanerkennnis vom Richter

-
- 804) a.A. Lent IhJ 90/73 zu 5.
- 805) - deren Vornahme an sich dem einzelnen Genossen nicht zu verwehren ist (Nikisch § 110 III 3) -
- 806) Vgl. auch Schönke, § 26/2a.
- 807) Vgl. oben S. 81 zu Note 314.
- 808) Vgl. oben Note 779. Daraus ergibt sich auch, daß die materielle Wirksamkeit *s t e t s* zu verneinen ist, - nicht lediglich "in der Regel" (so aber Lent IhJ 90/73 zu 5).
- 809) Vgl. oben Note 802.
- 810) Vgl. Baumgärtel, § 20 I, S. 145.
- 811) So auch Rosenberg, Lehrbuch § 131 II und RGZ 44/349: "Der Beklagte wird verurteilt, weil er den Anspruch anerkannt hat, nicht aber deshalb, weil das vom Kläger vorgetragene Sachverhältnis durch das Anerkenntnis für festgestellt zu erachten wäre, was keineswegs der Fall ist"; ebenso KG Rspr. OLG 13/83-9a gegen OLG Köln Rspr. OLG 18/150.

im Sinne einer Anwendung des materiellen Rechts *n i c h t* nachgeprüft werden darf (812), jede Sachprüfung (813) mithin ausgeschlossen ist (814), bleibt kein anderer Schluß übrig als der, daß das beantragte (815) Urteil zu ergehen *u n d* mittels jener "Erstreckungswirkung" des § 62 ZPO auch gegenüber den säumigen Genossen zu ergehen hat (816). Weil demnach das sachliche Recht nicht berührt wird (817), kann auch nicht eingewendet werden, daß damit das Prozeßrecht eine vom materiellen Recht mißbilligte Rechtsfolge herbeiführe (818). Deshalb ist auch eine unterschiedliche Behandlung beider Fallalternativen des § 62 ZPO nicht einzusehen (819), - handelt es sich gerade auch bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft (820) doch ebenfalls um das nämliche Rechtsver-

-
- 812) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 131 I 1; 133 II 2d, im Gegensatz zu Wolff, S. 13.
- 813) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 306 ZPO, Anm. 2 B, § 307 ZPO, Anm. 3 C.
- 814) Zu prüfen bleibt lediglich, ob "die Parteien eine solche Erklärung überhaupt (-in abstracto-) wirksam abgeben dürfen" (Wieczorek, § 306 ZPO, Anm. D II b), denn "auf die konkrete Verfügungsbefugnis kommt es dabei nicht an" (Wieczorek, § 306 ZPO Anm. D II b 1).
- 815) - auf die abwegige Gedankenführung von Samper, S. 17/18, es werde wohl noch kaum vorgekommen sein, daß ein solcher Antrag unterlassen worden ist, braucht in dieser theoretischen Arbeit nicht eingegangen zu werden -
- 816) Vgl. unten Note 830.
- 817) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 306 ZPO, Anm. 2 A, § 307 ZPO, Anm. 3 A. Deshalb kann dem RG JW 1902/162-Nr. 4 nicht gefolgt werden, wenn es die Frage über die Rechtsgültigkeit einer vom einzelnen Streitgenossen vorgenommenen Verfügungshandlung allein nach dem materiellen Recht beurteilt (-vgl. insoweit oben Note 795-).
- 818) Vgl. Samper, S. 18; Wolff, S. 13.
- 819) a.A. vgl. oben Note 818.
- 820) Vgl. oben Note 141.

hältnis der daran insgesamt beteiligten Genossen (821), so daß eine abweichende Beurteilung der Erstreckungswirkung gegenüber der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft (822) nicht zu rechtfertigen ist.

Bei einer objektiven Betrachtungsweise kann dieses Ergebnis schließlich auch nicht mit dem allgemein gehaltenen Hinweis angegriffen werden, das ergehende Anerkenntnis- bzw. Verzichtsurteil benachteilige die säumigen Genossen: Läuft dies zum einen schon der Wertungsneutralität der vom Gesetz abzuleitenden Lösung zuwider (823), so erfordert es zum anderen auch eine entsprechende Veränderung des Sachverhalts, um diese Meinung zu stützen (824). Trotzdem darf auch dann nicht verkannt werden, daß es nachgerade zum Wesen dieser Urteilsart gehört, das materielle Recht unberücksichtigt zu lassen (825). Denn daß damit einem materiell-rechtlich nicht bestehenden Anspruch zu einem Titel verholfen werden kann, den er nach der Rechtslage nicht erlangt hätte bzw. aber ein Anspruch abgewiesen werden kann, der nach der Rechtslage wohl durchzusetzen gewesen wäre, ist eine auch dem normalen, nicht-streitgenössischen Prozeß bekannte Beendigungsform (826). Der von diesen Normalfällen abweichende Umstand, daß es sich hier um mehrere von dieser besonderen Prozeßhandlung betroffene Personen einer Parteilinie handelt, kann demgemäß nicht gegenüber dem Prozeßgegner - also nicht im prozessualen Außenver-

821) Vgl. oben S. 43 f. zu b.

822) Vgl. oben Note 142.

823) Vgl. oben S. 89, 112, 113.

824) - ein Hilfsmittel, das zu verwenden die Arbeit schon oben (S. 131 zu Note 530) abgelehnt hat, weil es den Weg zu einer objektiven, jede Möglichkeit berücksichtigenden Lösung versperrt -

825) Vgl. oben Note 812, 813.

826) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 300 ZPO, Anm. 1 B.

hältnis -, sondern lediglich im **I n n e n** verhältnis der Genossen untereinander zu einer rechtlichen Bedeutung gelangen (827). Wird man aber die andere denkbare Möglichkeit betrachten wollen, bei welcher eine rasche Anerkennung- bzw. Verzichtserklärung des erschienenen Genossen den übrigen günstiger (828) als eine erfolglose Prozeßverzögerung werden könnte, so wären hieraus ohnehin keine Bedenken gegen das hier vertretene Ergebnis herzuleiten; mithin sind die von der Gegenmeinung vortragenen Einwände nicht schlüssig.

Die Arbeit hält somit daran fest, daß ohne Unterscheidung der notwendigen Streitgenossenschaft in ihren Alternativenfällen die vom erschienenen Genossen (829) vorgenommene Anerkennung- bzw. Verzichtserklärung als Prozeßhandlung unter die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO fällt (830).

-
- 827) Vgl. hierzu Fuhr, § 5/1a (a.E.), S. 13, und auch Hellmann ZP 17/14, der "gegen Dolus und Kollusion" des tätigen Genossen den säumigen auf den Regreßweg verweist.
- ✓ Gegen diese prozessuale Betrachtungsweise - die lediglich die hier nicht zu behandelnde Streitfrage (vgl. oben Note 801) nach der Rechtsnatur von Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich berührt - vgl. auch Stein-Jonas, § 307 ZPO, Anm. I und dort Anm. 15.
- 828) Vgl. oben S. 190 zu Note 823, S. 113 zu Note 463.
- 829) Soweit die Verzichts- bzw. Anerkenntniserklärung vom Gegner des erschienenen Genossen an diesen als Adressat abgegeben wird, kann ohnehin kein Zweifel daran bestehen, daß ihre Wirkung auch dem säumigen Genossen zugute kommt (-vgl. oben S. 86 zu Note 335, und oben Note 278; ebenso Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III b1-).
- 830) Vgl. ebenso: Amelunxen, S. 72; Bull ZMR 1953/303 vor II; Dreyer Gruchot 38/33; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 a/bb; Fuhr, S. 14 zu 1c; Goldschmidt, Prozeß S. 531 zu 1b, S. 533 zu 2b; Hellmann ZP 17/14; Hellwig (-uneinheitlich-) Lehrbuch III/169; Lent IuJ 90/73 zu 5; Nikisch, § 110 III 3; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3b; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3b;

§ 2: Geständnis.

Die Parallele (831) des Geständnisses zu Anerkenntnis und Verzicht in dem - zumindest teilweisen - Nachgeben gegenüber dem gegnerischen Prozeßangriff vermag eine Gleichbehandlung aller dieser Parteihandlungen noch nicht herbeizuführen. Vielmehr ist auch beim Geständnis auf dessen Handlungscharakter abzustellen, wenn es um die Anwendbarkeit des § 62 ZPO geht.

Zwar ist dasselbe in seiner rechtlichen Natur ebenfalls nicht endgültig geklärt (832), doch braucht die Arbeit

Sitzler, S. 48 f.; Walsmann, S. 95; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III b₂ (-nur für die zweite Fallalternative-);

a.A.:

Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 Ad; Hellwig (-uneinheitlich-) System I, § 123 IV 1; KG RsprOLG 13/83; Kisch, S. 45; Levetzow, S. 79; OLG Köln RsprOLG 18/150; OLG Neustadt NJW 1953/1266; RG Gruchot 46/665 (-vgl. hierzu oben Note 538-); Samper, S. 18; Schönte, § 26/2a; Schönte-Schröder-Niese, § 26 V 2a; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ba, § 306 ZPO, Anm. 5, § 307 ZPO, Anm. 5; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV 1, V 4, § 306 ZPO, Anm. II, § 307 ZPO, Anm. III 2 (a.E.); Sydow-Busch, § 62 ZPO, Anm. 4; Wachenfeld, S. 135, 138 f.; Wagnerey ZPO, § 62 Anm. II; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III b₁ (-nur für die erste Fallalternative-); Wolff, S. 13.

Eine andere Frage ist allerdings, ob der nichterschienene Genosse an diese Erklärung gebunden bleibt; vgl. dazu unten S. 206 f.

831) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 307 ZPO, Anm. 1 und Einführung zu §§ 288 ZPO, Anm. 1 b; Rosenberg, Lehrbuch § 131 I 1, 2; aber in gleicher Weise ließen sich auch sehr bedeutsame Gegenmomente finden, die diese Vergleichbarkeit der genannten Handlungen wieder in Zweifel zögen (-z.B. die unmittelbare prozeßbeendigende Wirkungsmöglichkeit bei Anerkenntnis und Verzicht; vgl. Samper, S. 21 vor d-).

832) Vgl. die Übersicht bei Baumgärtel, § 27 III, S. 248, dort Anm. 397; die h.M. bejaht die reine Prozeßhandlungsnatur des Geständnisses (-vgl. hierzu Samper, S. 19 zu c; Wolff, S. 14 zu c-).

weder nierauf (833) noch auf die andere Frage einzugehen, ob das Geständnis Wissens-, Willens- oder Wollenserklärung ist (834). Denn jedenfalls kann nicht angezweifelt werden, daß diese Parteihandlung nur im Prozeß vorgenommen werden kann (835). Das materielle Recht kennt kein förmliches Rechtsinstitut, das dem prozessualen "Geständnis" gleichkäme (836). Damit ist das Geständnis selbst dann als Prozeßhandlung (837) ausgewiesen, wenn ihm materiell-rechtliche Nebenwirkungen zukommen sollten (838): Für die im Prozeß vorgenommene Handlung ist ausschließlich das Prozeßrecht zur Beurteilung zuständig (839) und zumindest insoweit der Prozeßhandlungscharakter nicht zu leugnen: Folglich steht die Anwendbarkeit des § 62 ZPO auf das Geständnis des erschienenen Genossen fest (840).

- 833) - wie oben, S. 183 f. zu c, schon dargelegt wurde-
- 834) Vgl. Samper, S. 19/20, der in diesem Punkte ebenso wie Wolff, S. 15, wieder in das reine Vertretungsdenken zurückfällt; vgl. auch für viele andere Rosenberg, Lehrbuch § 60 II 1, 2.
- 835) - auf dieses Unterscheidungsmerkmal macht Wolff, S. 17 vor d, aufmerksam, ohne aber zu erkennen, daß für die prozessuale Anerkenntnis- und Verzichtserklärung doch das nämliche gilt (vgl. dazu oben S. 188 zu Note 811) -
- 836) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 113 I 1 f.
- 837) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Einführung zu §§ 288 ZPO, Anm. 1; Baumgärtel, § 8, S. 79; Rosenberg, Lehrbuch § 113 I 1 e.
- 838) - und dadurch sein reiner Prozeßhandlungscharakter verändert würde; vgl. auch oben Note 833 -
- 839) Vgl. oben S. 182 zu b.
- 840) So die h.M.; vgl.:
Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/bb, § 288 ZPO, Anm. 5; Fuhr, S. 14 zu 1c; Hellmann ZZP 17/14; Niskisch, § 110 III 3; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3b; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3b, § 288 ZPO, Anm. 4; Sitzler, S. 49 Ziff. 5; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV 1; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III a1; Wolff, S. 17;

§ 3: Prozeßvergleich und außergerichtlicher Vergleich.

- a) Die äußerliche Gleichordnung des Vergleichs mit den übrigen Prozeßhandlungen.

Hat bislang die Arbeit das Entscheidende (841) zur Bejahung der Erstreckungswirkung nach § 62 ZPO in erster Linie in der Prozeßhandlungsqualität der einzelnen Partei-handlung gesehen (842) und dabei dennoch die Umstrittenheit dieser Eigenschaft jeweils dahingestellt sein lassen können (843), so würde diese auch beim Vergleich zutreffende Konstellation (844) scheinbar zu einer gleichen Beurteilung wie bei den besprochenen Partei-handlungen führen. Zwar könnte gerade das für den Vergleich charakteristische g e g e nseitige Nachgeben (845) bei einer Gegenüberstellung mit dem Anerkenntnis bzw. Verzicht - denen auch als Prozeßhandlung nur ein e i n - seitiges Nachgeben eigen ist - zeigen, daß hier die Anwendung des § 62 ZPO - zumindest vom Ergebnis her betrachtet - umso näherliegend erscheint, als auch der

a.A.:

Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 Ac; Hachenburg, S. 43; Hellwig, System I § 123 IV 1; RG JW 1903/21; Schöнке-Schröder-Niese, § 26 V 2a; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ba; Sydow-Busch, § 288 ZPO, Anm. 3; Wachenfeld S. 146; Zöllner, § 288 ZPO, Anm. 1.

- 841) - wenn dabei auch den übrigen Kriterien (vgl. oben S. 176 zu b) keine mindere Bedeutung zukommt -
- 842) Vgl. oben S. 175 zu Noten 729, 730.
- 843) Vgl. oben S. 183 zu c.
- 844) Vgl. hinsichtlich des Meinungsstreits über die Natur des Vergleichs den ausführlichen Überblick bei Baumgärtel, § 25 III, S. 192, Anm. 47 mit 49.
- 845) Vgl. Baumgärtel, § 25 III, S. 196, dort Anm. 92, und Rosenberg, Lehrbuch § 128 I 1, die dies auf dem prozessualen Sektor mit Recht bejahen - denn andernfalls wäre der Unterschied zu Anerkenntnis bzw. Verzicht verwischt -, während Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 2 A, die mate-

Gegner der Genossen zurückweicht; mit dem Vergleich erreicht daher der erschienene Genosse m e h r als mittels Anerkenntnis bzw. Verzicht. Mag in diesem Umstand auch keine wissenschaftliche Erkenntnis von tragender Bedeutung zum Ausdruck kommen, so könnte er immerhin die Richtung für eine anhand der bereits erzielten Ergebnisse konsequente Lösung angeben (846).

b) Die unterschiedlichen Verlautbarungsformen.

Jedoch weist eine andere - dogmatische - Überlegung die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO auf den Vergleich nach:

Zunächst kann zwar der Vergleich erst dann zur prozessualen Bedeutung gelangen, wenn er nicht nur die materiellrechtliche Streitbeendigung (847), sondern auch die prozeßrechtliche Verfahrensbeendigung (848) zu seinem Inhalt hat; so hängt aber das Wirksamwerden dieser Bedeutung letztlich davon ab, ob die Tatsache seines Abschlusses dem Richter bekannt gegeben wird. Demgemäß wurde hieran auch die Meinung angeknüpft (849), daß zumindest diese Mitteilung an das Gericht eine Prozeßhandlung darstelle und als solche - d.h. durch das Einbringen dieser Verlautbarung in den Prozeß - unter den Geltungsbereich der Erstreckungswirkung falle.

riellrechtliche Seite des Vergleichs betrachtet und dies verneint.

- 846) - und wenn man so will, auch von einem Billigkeitsgesichtspunkt aus die Bejahung der Anwendbarkeit des § 62 ZPO empfehlen (vgl. aber gerade wegen der Ablehnung einer solchen Deduktion oben S. 112 zu c, S. 149 zu c) -
- 847) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, S. 140, dort Anm. 415.
- 848) Vgl. Baumgärtel, § 25 II, S. 193 (a.E.).
- 849) So Fuhr, S. 13 zu I 1b. Solange der außergerichtliche Vergleich nicht von einer Partei geltend gemacht wird, ist er im Prozeß unbeachtlich (vgl. Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 1B).

aa) für den außergerichtlichen Vergleich.

Allein diese Meinung übersieht zunächst schon, daß es fraglich sein muß, ob diese Verlautbarungshandlung innerhalb eines Termins bzw. einer Frist zwangsläufig vorzunehmen ist. Weist schon die Verfahrensordnung keine besondere Bestimmung hierfür auf, so bietet sich zur wenigstens analogen Anwendung die Vorschrift über die Klagerücknahme (850) an; wird doch hier wie dort der Prozeß beendet und die Rechtshängigkeit aufgehoben (851). Nachdem dort die Klagerücknahmeerklärung fakultativ entweder durch mündliche Erklärung im Termin oder auch durch einen Schriftsatz vorgenommen werden kann (852), lassen sich keine Gesichtspunkte erkennen, die beim Vergleich eine Beschränkung der Einbringungsmodalität auf die mündliche Erklärung allein forderten. Damit muß aber schon jene Erörterung der unterschiedlichen Vornahmemodalität (853) die Anwendung des § 62 ZPO fraglich erscheinen lassen (854).

Doch können diese Überlegungen aber nur für den a u s s e rgerichtlichen Vergleich bzw. dessen Einbringung als Prozeßstoff in das Verfahren gelten.

bb) für den Prozeßvergleich.

Offen bleibt nach diesem Lösungsvorschlag immerhin noch die entsprechende Regelung beim P r o z e ßvergleich: Dieser ist nämlich schon begrifflich nur innerhalb des

850) Vgl. § 271 Abs. II ZPO.

851) So Rosenberg, Lehrbuch § 128 II 2a; Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 5 Ba.

852) Vgl. oben Note 850 und unten Note 853.

853) Vgl. oben S. 96 f. (-und die Parallele bei der Klagerücknahme oben S. 146 f. zu § 3a-).

854) Jedoch ist d i e s e Erwägung nicht ausschlaggebend; vgl. deshalb unten S. 198 f.

Prozesses möglich (855) und eine außergerichtliche Vorname mit anschließender schriftsätzlichlicher Bekanntgabe an das Gericht wesensmäßig nicht denkbar (856). Wird er aber schon vom Gericht protokolliert (857), so bedarf es seiner "Verlautbarung" an dasselbe überhaupt nicht, und eine derartige Prozeßhandlung entfiere; es bliebe für die Annahme einer Prozeßhandlung somit nur die einzige Möglichkeit darin bestehen, daß die das Vergleichsgeschäft abschließende Parteierklärung selbst hierzu herangezogen würde. Wollte man dies bejahen (858) und auf diesem Wege zugleich auch zur Anwendung des § 62 ZPO gelangen, so würde damit allerdings ein unverständliches Ergebnis geschaffen: Während nämlich der vom erschienenen Genossen abgeschlossene Prozeßvergleich mit seiner prozeßbeendigenden Wirkung schon unter den Geltungsbereich des § 62 ZPO fiere, müßte der nämlichen prozeßbeendigenden Wirkung des außergerichtlichen Vergleichs selbst dann dieser Erfolg versagt werden, wenn er dem Gericht während eines Termins verlautbart werden würde (859):

-
- 855) Dem Prozeßvergleich ist gerade die gerichtliche Mitwirkung eigentümlich (Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 2 A a.E.; Rosenberg, Lehrbuch § 128 I b, insbesondere zu beta).
- 856) - doch braucht hier auf die Formerfordernisse des Prozeßvergleichs nicht eingegangen zu werden; vgl. hierzu Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 4 E; Rosenberg, Lehrbuch § 128 I 2b beta -
- 857) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 128 I 2b beta, und auch oben Note 856.
Damit soll aber nicht auch diese Streitfrage (vgl. Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 4 E Mitte; bea. auch - mit Übersicht - Baumgärtel, § 25, S. 202, dort Anm. 124) aufgeworfen werden.
- 858) - entgegen gewichtigen Stimmen der Literatur und Rechtsprechung (vgl. einerseits Rosenberg, Lehrbuch § 128 I 1 und III 1; RG JW 1937/2228-49; andererseits Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 2 A), für die Stellung zu nehmen der Arbeit thematisch verwehrt ist -
- 859) Vgl. oben S. 196 zu Note 854.

Die prozessuale Wirksamkeit der auf die Verfahrensbeendigung abzielenden und für sich wirksamen Prozeßklärungen des Gegners und des erschienenen Genossen würden daher in Bezug auf ihre Erstreckungsfähigkeit nach § 62 ZPO auf den ausgebliebenen Genossen einer unterschiedlichen Behandlung unterzogen, die sich keineswegs aus dem Wesen des Vergleichs schlechthin erklären ließe; noch weniger aber könnte ihr die Unterscheidung des Prozeßvergleichs vom außergerichtlichen Vergleich eine Rechtfertigung liefern (860).

Diese Überlegungen zwingen daher zu der Erkenntnis, daß der eingeschlagene Lösungsweg falsch ist.

- c) Die Bedeutung der von der typischen Prozeßhandlung abweichenden Stellung des Vergleichs.

Die Lösung des Problems, ob der vom erschienenen Genossen abgeschlossene gerichtliche bzw. außergerichtliche Vergleich mittels der Vorschrift des § 62 ZPO auch den säumigen Genossen gegenüber wirksam ist, gibt vielmehr eine andere, dem Wesen der Erstreckungswirkung weit gerechter werdende Erwägung:

- aa) Der Gedanke der Divergenzvermeidung als Erscheinungsform des Einheitlichkeitsgrundsatzes.

Die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO greift nicht zeitlich übereinstimmend mit der Vornahme der jeweiligen Prozeßhandlung des erschienenen Genossen ein, sondern ist von dem besonderen Umstand des Urteilsmediums (861)

860) Allein diese Unterscheidung ist aber der äußere Anlaß für diese unterschiedliche Betrachtung; ein innerer Grund - wie ihn eine solche Rechtfertigung erfordert - kann wegen der Gleichheit der prozeßbeendenden Wirkung darin nicht erblickt werden.

861) Vgl. oben Note 293.

- d.h. daß ein Gerichtsurteil in dieser betreffenden Streitsache ergeht - aufschiebend bedingt abhängig (862). Auf diesen genannten Umstand brauchte die Arbeit bei den bisher erörterten Prozeßhandlungen nicht sonderlich hinzuweisen, weil denselben ja schon begrifflich die selbstverständliche Eigenschaft innewohnen muß, kraft ihrer prozeßrechtlichen Bedeutung stets den Erlaß eines solchen Sachurteils nach sich ziehen zu können. Ob sie unmittelbar - wie etwa die Abgabe eines prozessualen Anerkenntnisses in Verbindung mit einem entsprechenden gegnerischen Antrag - oder mittelbar - wie etwa die Geltendmachung von materiell-rechtlichen Einreden - für das nachfolgende Urteil relevant sind, kann hier dahinstehen; ihr rechtliches Wesen ist jedenfalls so gestaltet, daß sie auf die Herbeiführung des von den Parteien angestrebten Urteils hinwirken können (863). Dieser Gedankengang ist eigentlich ein Ausfluß des Einheitlichkeitsgrundsatzes: denn zu seiner Anwendbarkeit ist es notwendig, daß überhaupt eine (864) Sachentscheidung ergeht. Mit anderen Worten stellt er auf die divergenzvermeidende (865) Zielsetzung des § 62 ZPO ab.

862) Vgl. oben S. 102/103.

863) - dieser Umstand könnte eher als Argument gegen die Prozeßhandlungsnatur des Vergleichs gewertet werden; doch hat die Arbeit auch diese Frage nicht zu untersuchen -

864) Vgl. oben S. 41 f. zu § 2.

865) Vgl. RGZ 90/ 45 und oben S. 178, wo die Arbeit bereits darauf hingewiesen hat, daß die Divergenzvermeidung kein absolutes Unterscheidungsmerkmal für die Unterordnung der einzelnen Prozeßhandlungen unter § 62 ZPO sein kann (-a.A. Walsmann, S. 88 f.-); damit kann dem Gedanken der Divergenzvermeidung allerdings nicht eine modifizierte Bedeutung abgesprochen werden (-vgl. oben Note 407-).

- bb) Der für den Vergleich begriffsnotwendige Ausschluß der Divergenzmöglichkeit.

Einen offensichtlichen Gegensatz (866) hierzu bildet jedoch der Vergleich sowohl hinsichtlich seiner Bestimmung als auch seiner Auswirkung: Stellt er doch eine Parteihandlung dar, die speziell auf die Verhinderung eines solchen Urteils gerichtet (867) und, von der Verfahrensordnung dementsprechend anerkannt und geregelt (868) ist: Ein Sachurteil kann der Vergleich unter keinen Umständen herbeiführen. Das über die Kosten des Vergleichs (869) entscheidende Urteil entspricht keineswegs dieser Anforderung -den materiellen Streit zu schlichten- und ist daher in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Zwar könnte noch entgegengehalten werden, daß der

-
- 866) Diesen Gegensatz haben schon Kisch, S. 47, und Walsmann, S. 96, erkannt, wenngleich sich ihre Beweisführung nicht völlig mit der der Arbeit deckt: Indem sie auf die Prozeßbeendigungswirkung des Vergleichs abstellen, wird der Unterschied zu seiner ihm begriffsmäßig eigentümlichen prozeßbeendigenden Funktion und dem gleichen Endergebnis einer jeden Prozeßhandlung verwischt und damit weniger auf die Unfähigkeit des Vergleichs, Divergenzurteile überhaupt herbeizuführen, eingegangen: Gerade der letztere Umstand hat aber nach der Konstruktion des § 62 ZPO den Ausschlag zu geben (-vgl. oben S. 141 zu Note 573-).
- 867) -die Streitbeilegung ist unabdingbares Begriffsmerkmal des Vergleichs; vgl. Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 2 A; Baumgärtel, § 25 II, S. 193; Rosenberg, Lehrbuch § 128 I 2 vor a -
- 868) Dies ist allerdings nicht wörtlich der ZPO zu entnehmen; vgl. hierzu insbesondere Rosenberg, Lehrbuch § 128 II 2a (a.E.)!
- 869) -sowohl der Prozeßvergleich als auch der außergerichtliche Vergleich sind hier gemeint; vgl. Baumbach-Lauterbach, § 98 ZPO, Anm. 3; Rosenberg, Lehrbuch § 79 II (a.E.)-

Prozeßvergleich immerhin einen Vollstreckungstitel (870) darstelle und daher mit einem Sachurteil zu vergleichen sei: Ist eine solche Schlußfolgerung schon hinsichtlich der fehlenden absoluten Rechtsbeständigkeit des Vergleichs (871) nicht stichhaltig, so muß vollends das Fehlen einer inneren Rechtskraftwirkung (872) des Vergleichs diese Gleichstellung versagen. Außer der Prozeßbeendigung, Aufhebung der Rechtshängigkeit und eingeschränkten Vollstreckbarkeit hat sonach der Vergleich keine weiteren prozessualen Folgen; ihm kommt also "namentlich weder die Feststellungswirkung noch die Unanfechtbarkeit des rechtskräftigen Urteils zu; mit diesem darf er daher nicht auf eine Stufe gestellt werden" (873)!

cc) Folgerungen aus der Divergenzlosigkeit für die Anwendbarkeit des § 62 ZPO.

Wenn dieses Ergebnis der u r t e i l s losen Prozeßbeendigung (874) aber absolut unzweifelhaft ist, so muß für das hier zu lösende Problem bei der notwendigen Streitgenossenschaft die Antwort eindeutig auf Ablehnung der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO hinsichtlich des Vergleichs lauten: Diese Vorschrift setzt in ihrer aufschiebenden Bedingung (875) des Urteilserlasses gerade

-
- 870) Vgl. § 794 Abs. I Ziff. 1 ZPO.
871) - dies ergibt schon der Meinungsstreit hinsichtlich der Voraussetzungen seiner Unwirksamkeit, seiner Widerruf- und Anfechtbarkeit sowie seiner Rücktritts- und Bedingungsunterworfenheit usw. -
872) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 794 ZPO, Anm. 2 A.
873) So Rosenberg, Lehrbuch § 128 II 2c.
874) - trotz der Umstrittenheit der übrigen prozessualen Rechtsfragen beim Vergleich -!
875) Vgl. oben Note 862.

das Ergehen eines Sachurteils zwingend voraus (876); wie aber dargelegt, kann der Vergleich (877) dieses Medium der Erstreckungswirkung niemals herbeiführen - es muß ihm stets schon begriffsnotwendig fehlen-. Damit k a n n die Vorschrift des § 62 ZPO - vielleicht sogar bereits tatbestandsmäßig (878) - keine Anwendung finden (879).

- d) Die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO auf den Vergleich in ihrer Auswirkung auf die beiden Fallalternativen.

Allerdings kann die der Vergleichsvornahme des erschienenen Genossen hiernach abzusprechende Erstreckungswirkung für den säumigen Genossen nicht weitergreifen, als es die Notwendigkeit einheitlicher Sachentscheidung

-
- 876) Vgl. die Anknüpfung an die Mediumsfunktion des gemeinsamen einheitlichen Sachurteils (oben Note 293).
- 877) - uneingeschränkt gilt dies sowohl für den außergerichtlichen Vergleich als auch für den Prozeßvergleich -
- 878) - falls man diese Tatbestandsvoraussetzung entweder nach den erarbeiteten Grundsätzen der Arbeit im Wege der Auslegung aus dieser Vorschrift herleiten will oder anderenfalls die oben (S. 105) vorgeschlagene Textergänzung durchführen würde -
- 879) Vgl. ebenso:
Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 5 Ad; Kisch, S. 47; Levetzow, S. 77; OLG Köln Rspr. OLG 18/150; RG Gruchot 46/661; RGZ 44/348; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3a (a.E.) und 3b, § 128 I 2c (a.E.); Samper, S. 34; Schönke, § 26/2a; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3d; Sitzler, S. 48 f.; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ba; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV 1, V 4; Sydow-Busch, § 62 ZPO, Anm. 4; Wachenfeld, S. 138, 140; Walsmann, S. 96; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III d (a.E.); Wolff, S. 24 vor 3;
a.A.:
Amelunxen, S. 70 f.; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/bb; Fuhr, S. 14 vor c; Hellwig, System I § 123 IV 1; Lehrbuch III/169; Lent (-unterschiedlich-) IuJ 90/66 und /74; KG Rspr. 13/83.

erfordert (880). Dieses Erfordernis hat daher zu der Meinung geführt, die Unwirksamkeit des Vergleichs gegenüber dem säumigen Genossen müsse auch zu seiner Unwirksamkeit gegenüber dem erschienenen Genossen selbst führen: Aus der Notwendigkeit einheitlicher Sachentscheidung gegenüber allen notwendigen Streitgenossen erwachse die Regel, daß der Vergleich des Erschienenen, der nicht nach materiellem Recht als Vergleich auch für die Prozesse der anderen Genossen wirke, selbst im Prozeß des Vergleichsschließenden der Wirkung entbehre (881). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Bei der Prüfung der Frage, ob ein einzelner notwendiger Streitgenosse einen Vergleich schließen kann, ist nämlich streng zu unterscheiden, ob der prozessuale oder aber der materiell-rechtliche Teil des Vergleichs den Gegenstand dieser Prüfung bilden soll (882). Nachdem die von § 62 ZPO geschaffene notwendige Streitgenossenschaft keinen Zwang zum Zusammenhalt dieser Prozeßfigur kennt (883), kann die Rechtswirksamkeit des vom erschienenen Genossen vereinbarten prozessualen Vergleichs zumindest für dessen Prozeß (884) nicht angezweifelt werden (885); für diesen Genossen ist der Prozeß abgeschlossen - d.h. sein Verfahren ist beendet -, so daß die not-

-
- 380) So schon Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3b unter Hinweis auf RG JW 1938/1522-Nr. 11.
- 381) So Rosenberg, Lehrbuch § 128 I 2c.
- 382) So auch Lent IhJ 90/66 zu III.
- 383) Vgl. insbesondere oben S. 149 f. zu c.
- 384) - dies erfordern schon die Überlegungen aus dem Mehrheitlichkeitsgrundsatz der streitgenössischen Prozesse (vgl. oben S. 58 zu § 4) -
- 385) a.A.: Lent IhJ 90/66 zu III für die konkret-notwendige Streitgenossenschaft mit der nämlichen Gedankenführung wie bei der Klagerücknahme; es wird daher insoweit auf oben S. 144 zu § 2 verwiesen.

wendige Streitgenossenschaft auch in diesem Falle nicht vor ihrer Auflösung (886) bewahrt werden kann: Auf den ausgebliebenen Genossen kann somit wiederum nicht mehr länger eine Erstreckung erfolgen (887).

Für den materiell-rechtlichen Teil des Vergleichs hingegen bleibt die Bedeutung der Verfügungs- bzw. Vertretungsbefugnis unangetastet als ausschlaggebender Umstand bestehen: Er wirkt also lediglich dann ebenfalls für den Prozeß des anderen Genossen, wenn er kraft Vertretungs- oder Verfügungsmacht des tätigen Genossen auch zur Erledigung jenes Verfahrens mitgeschlossen wurde (888). Diese Erkenntnis kann zwar im allgemeinen nicht angezweifelt werden, - nur für den Fall der notwendigen Streitgenossenschaft ist sie nicht zutreffend (889)! Daß jede Verfügungs- bzw. Vertretungsbefugnis des erschienenen Genossen über den gesamten Streitgegenstand dem Tatbestand des § 62 ZPO - mangels "Säumnis" des ausgebliebenen, aber nunmehr rechtswirksam vom erschienenen Genossen vertretenen Streitgenossen - entgegensteht und so seine Anwendbarkeit ausschließt, wurde wiederholt dargestellt (890).

Es läßt sich daher zusammenfassend feststellen, daß in diesem Falle die Unterscheidung der Rechtswirkungen einer vom erschienenen Genossen vorgenommenen Vergleichshandlung von jener bei den vorbesprochenen Prozeßgegenständen abweicht. War dort die Aufspaltung der Rechtswirksamkeit hinsichtlich der Erstreckungswirkung nach der prozessualen

-
- 886) Vgl. auch oben S. 152 f. zum 4. Abschnitt.
- 887) Über die weiteren Säumnisfolgen vgl. unten S. 229 zu Note 1007.
- 888) So Rosenberg, Lehrbuch § 128 I 2c, für den Fall der einfachen Streitgenossenschaft.
- 889) - das übersehen in der Tat Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307 ZPO, Anm. 4 C -
- 890) Vgl. oben Note 779.

Ebene ausgerichtet, die Handlung des erschienenen Genossen insoweit - gleichsam auf dieser Ebene horizontal wirkend - auch innerhalb der Prozesse der anderen Genossen (-prozessual-) wirksam und folglich die davon zu trennende Ebene des materiellen Rechts unberührt lassend, so verläuft hier hingegen die Trennung - gleichsam vertikal ausgerichtet - in Entsprechung des jeweiligen Rechtsträgers und dessen materiell- und prozeßrechtlicher Position: Das heißt mit anderen Worten, daß hier jeweils hinsichtlich des Prozesses des *a u s g e b l i e b e n e n* Genossen sowohl der materiell-rechtliche Teil des vom erschienenen Genossen vorgenommenen Vergleichs als auch dessen prozeßrechtlicher Teil unwirksam ist, hingegen in Bezug auf den Prozeß des *e r s c h i e n e n e n* - vergleichsschließenden - Genossen selbst dem gesamten Vergleich sowohl in seinem materiell-rechtlichen wie auch prozeßrechtlichen Teil volle Wirksamkeit (891) zukommt. Der letztere Umstand vermag aber keine weiteren Folgen nach sich zu ziehen als den Eintritt der Säumnis des ausgebliebenen Genossen (892), weil eben der Vergleich nicht auf ihn erstreckt werden kann: Schon aus diesem Grund ist nicht einzusehen, daß der Einheitlichkeitsgrundsatz des § 62 ZPO eingreifen könnte, obschon nicht einmal diese Vorschrift selbst anwendbar ist! Auch zeigen diese Erwägungen, daß von dem Grundsatz der einheitlichen Sachentscheidung kein einziges Mal gesprochen werden mußte: Wie sollte dies auch geschehen können, wenn auf den Vergleich hin *k e i n* Sachurteil ergehen

891) Angesichts der Identität der streitbefangenen Rechtsverhältnisse hinsichtlich der daran insgesamt beteiligten Genossen auch bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft (-vgl. oben Note 141 sowie S. 43 f. zu b-) ist eine unterschiedliche Behandlung beider Fallalternativen des § 62 ZPO *n i c h t* gerechtfertigt (-vgl. dieselbe Erwägung oben S. 189-); a.A. Lent *IhJ* 90/66 zu III, und Fuhr, S. 14 vor c.

892) Vgl. oben S. 204 zu Note 887.

darf (893), eine Divergenzmöglichkeit demnach fehlt (894) und sich auch aus diesem Grunde die Anwendbarkeit des § 62 ZPO verneinen läßt! Nachdem das Verfahren des vergleichsschließenden Genossen urteilslos endet (895), ist jeder Gedanke an eine Entscheidungsdivergenz auch dann abwegig, wenn das Verfahren des ausgebliebenen Genossen durch ein Sachurteil abgeschlossen würde (896).

Die Arbeit hält daher an dem oben erarbeiteten Ergebnis fest (897), daß der Vergleich des erschienenen Genossen zwar nicht unter den Einzugsbereich des § 62 ZPO fällt und deshalb auch nicht für und gegen den ausgebliebenen Genossen wirken kann, daß aber andererseits die prozeßrechtliche Verfahrensbeendigung des dem vergleichsschließenden Genossen eigenen Prozesses ungehindert eintritt.

§ 4: Unterlassene Prozeßhandlung, Rüge und Präklusion

- a) Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Prozeßhandlung und Rüge sowie deren Unterlassung.

Die Erstreckungswirkung einer vom erschienenen Genossen vorgenommenen Handlung kann sich nicht lediglich auf solche Prozeßhandlungen, die ein Tun zum Inhalt haben, beschränken; dies erfordern schon praktische Überlegungen (898). Gerade der Unterlassung einer solchen Prozeß-

893) Vgl. oben S. 200 zu bb.

894) Vgl. oben Note 893.

895) Vgl. oben S. 201 zu cc.

896) Vgl. oben Note 887.

897) Vgl. oben S. 202 zu Note 879.

898) -denn die prozessuale Häufigkeit von unterlassen=

handlung muß deshalb nach der Problemstellung dieser Arbeit zumindest die gleiche Bedeutung beigemessen werden, - wenn nicht sogar eine größere, nachdem sich für diese Frage die Vorschrift des § 62 ZPO selbst überhaupt ausschweigt! Sieht man aber den Begriff der Prozeßhandlung als das prozessuale Tun in gleicher Weise wie das prozessuale Unterlassen umfassend an (899), so ergibt sich damit das Gleiche wie es die Formulierung des § 14 österr. ZPO mit ihrer ausdrücklichen (900) und uneingeschränkten Anknüpfung (901) der Erstreckungswirkung an die "Prozeß-

den und vornehmenden Prozeßhandlungen müßte von vornherein jede Lösung, die für die eine Art derselben diese und für die andere jene Regelung vorsähe, als zu kompliziert und damit unbrauchbar erscheinen lassen -

- 899) Die Arbeit kann sich nicht mit der prozeßtheoretischen Frage beschäftigen, welche Voraussetzungen von einem prozessualen Unterlassen zu fordern sind, damit dasselbe den durch die Prozeßrechtswissenschaft entwickelten Begriff der Prozeßhandlung ausfüllt; vgl. dazu die einschlägige Literatur oben bei Note 729.
Hier kann vielmehr nur davon ausgegangen werden, daß die jeweilige Unterlassung des erschienenen Genossen nach diesen Grundsätzen eine Prozeßhandlung darstellt (vgl. auch oben Note 278).
- 900) § 14 österr. ZPO lautet:
"Wenn die Wirkung des zu fällenden Urteils sich kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses oder kraft gesetzlicher Vorschrift auf sämtliche Streitgenossen erstreckt, so bilden dieselben eine einheitliche Streitpartei.
Sind einzelne Streitgenossen säumig, so erstreckt sich die Wirkung der Prozeßhandlungen der tätigen Streitgenossen auch auf sie."
- 901) - im Gegensatz zum Gesetzestext des § 62 der deutschen ZPO (vgl. oben S. 5).
Vgl. jedoch Holzhammer ÜJZ 14/624 hinsichtlich der - trotz des klaren Wortlauts auch dort bestehenden - Schwierigkeiten im österreichischen Zivilprozeßrecht darüber, welche Prozeßhandlungen unter den im § 14 österr. ZPO genannten Begriff zu fassen sind!

handlungen der tätigen Streitgenossen" bewirkt, - und von Schwierigkeiten kann dann wenigstens insofern keine Rede mehr sein: Demnach ist auch die Unterlassung einer Prozeßhandlung ebenso wie die einer prozessualen Rüge (902) im Sinne des § 295 Abs. I ZPO mit der h.M. (903) als Prozeßhandlung zu betrachten, die diese deshalb ausnahmslos (904) unter § 62 ZPO fallen läßt (905).

- b) Die einschränkende Auswirkung der erarbeiteten Grundsätze.

Hat die Rügeunterlassung mit der Unterlassung der Prozeßhandlung (906) den verfahrensrechtlichen Charakter als "Prozeßhandlung" schlechthin (907) gemein, so kann in der Tat schon im Grundsätzlichen (908) kein Anlaß zu einer unterschiedlichen Behandlung dieser Prozeßhandlungen erkannt werden, die eben zufällig nicht in einem Tun bestehen: Weil sie somit nicht vom Geltungsbereich des § 62 ZPO auszunehmen sind (909), folgt andererseits

-
- 902) - daß diese Prozeßrüge eine Prozeßhandlung darstellt, kann keinem Zweifel unterliegen; vgl. Baumbach-Lauterbach, § 295 ZPO, Anm. 2 B, 2 C -
- 903) Vgl. oben Note 899.
- 904) Bea. aber die nun folgende Kritik.
- 905) Vgl. auch Samper, S. 14 f., S. 21 zu d; Wolff, S. 17 zu d.
- 906) Vgl. oben Note 729.
- 907) Daß nicht jedes prozessuales Unterlassen als "Prozeßhandlung" gewertet werden kann, wurde bereits oben zu Note 899 angedeutet.
- 908) Dies ist eben die zwingende Folge aus der Gleichstellung der vornehmenden Prozeßhandlung mit der unterlassenden und bedarf daher keiner weiteren Darlegung mehr.
- 909) Damit stimmt die Arbeit mit der h.M. überein; vgl. oben Noten 902, 905, 906.

zwingend, daß sie damit auch den allgemeinen Regeln der notwendigen Streitgenossenschaft unterliegen müssen. Daher kann jede als Prozeßhandlung anzusprechende Unterlassung (910) und jeder Rügeverzicht (911) des erschienenen Genossen für und gegen den säumigen Genossen (912) wirken, - aber nur mit der Einschränkung: wenn nicht das Vertretungsverbot (913) oder der Einheitlichkeitsgrundsatz (914) entgegenstehen. Das Vertretungsverbot schließt daher die Erstreckungswirkung bei solchen unterlassenden Prozeßhandlungen insoweit aus, als sich das Unterlassen des erschienenen Genossen auf ein Tun bezieht, das ausschließlich dem ausgebliebenen Genossen allein zugestanden hätte (915). Denn die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft begründet für keinen Genossen die Befugnis, ein Recht auszuüben bzw. zu unterlassen, das ihm nicht selbst zustünde (916). Die Notwendigkeit dieser Einschränkung wird in der Literatur zumeist aber nicht weniger verkannt (917) wie der im folgenden zu behandelnde Einfluß des Einheitlichkeitsgrundsatzes.

-
- 910) Ob dies der Fall ist, vgl. oben Note 899.
- 911) -im Sinne von § 295 Abs. I ZPO-
- 912) So auch Lent IhJ 90/72, der aber hinsichtlich der Präklusionsfrage einen von der hier vertretenen Meinung abweichenden Standpunkt einnimmt; vgl. hierzu unten S. 210 zu c.
- 913) Vgl. oben S. 82 f., insbesondere S. 97.
- 914) Vgl. oben S. 36 f. und im folgenden unten S. 210 zu c.
- 915) So auch Lent IhJ 90/97 zu 3.
- 916) So auch Lent IhJ 90/97 zu 3; Samper, S. 14; darin liegt gerade die Bedeutung des dem Vertretungsverbot zugrunde liegenden Leitgedankens (-vgl. hierzu oben S. 100 und auch Note 670-).
- 917) So noch Wolff, S. 17 f.

- c) Die Fragwürdigkeit der an die Unterlassung geknüpften Präklusionswirkung im Rahmen des § 62 ZPO.

Soweit das Prozeßrecht (918) die Nachholung einer unterlassenen Prozeßhandlung ausschließt, wird die Übertragung dieser Wirkung auf die Verhältnissen des säumigen Genossen (919) allgemein angenommen (920).

Dieser vereinfachenden und schematisierenden Ansicht kann aber die Arbeit schon deshalb nicht folgen, weil die Präklusionswirkung daran anknüpft, daß die Partei eine Prozeßhandlung unterlassen hat und deshalb deren Nachholung im weiteren Prozeßverlauf versucht: Damit steht fest, daß die Präklusionswirkung des § 295 ZPO nur in einem Prozeßstadium zum Zuge kommen kann, in welchem das Urteil noch nicht ergangen ist (921): Es besteht aber kein Zweifel, daß zu diesem Zeitpunkt die auf dem Gedanken der Einheitlichkeit der Entscheidung basierende Vorschrift des § 62 ZPO - samt ihrer Erstreckungswirkung - noch keinerlei Anlaß zu einer

-
- 918) Vgl. §§ 39, 269, 274 Abs. II, insbesondere § 295 Abs. I ZPO usw.
- 919) - und gerade hierin zeigt sich erst die Bedeutung dieser Untersuchung, ob die unterlassende Prozeßhandlung ebenfalls unter § 62 ZPO fällt! -
- 920) Vgl. hierzu: Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4 a/cc; Hachenburg, S. 43 f.; Hellwig, System I § 123 V/2b; Kisch, S. 49, 53; Lent IhJ 90/72 zu 4; Levetzow, S. 62; Meyer-Hirschmann, § 62 ZPO, Anm. 4; RG JW 1889/259, 1903/21; Samper, S. 15, 22, 24; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3; Sitzler, S. 49, dort Ziff. 3, 4; Skonietzki-Gelpoke, § 62 ZPO, Anm. 4 b; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV/1 und /3; Wachenfeld, S. 138; Walsmann, S. 97; Wolff, S. 17; a.A. aber vgl. unten Note 927.
- 921) Für die zweite Instanz gilt entsprechend das Gleiche, weil das angegriffene Ersturteil noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist und damit noch keine Entscheidung bildet, auf die der Einheitlichkeitsgedanke abstellen müßte (-vgl. unten S. 254 f.-). Hierfür sprechen die besonderen Vorschriften der §§ 530, 558 ZPO.

Anwendung findet (922); die Erstreckungswirkung dieser Vorschrift muß nach der herausgearbeiteten Konstruktion derselben, d. h. wegen ihrer Abhängigkeit von jenem Umstand, nach welchem sie erst durch das Medium des Urteils (923) eingreifen kann, entfallen!

Die Frage, ob eine Handlung (-bzw. hier: eine Unterlassung-) des erschienenen Genossen in ihren Rechtsfolgen mittels jener Erstreckungswirkung aus § 62 ZPO auf den ausgebliebenen Genossen bezogen werden kann, ist hierbei doch stets erst dann zu bejahen - d.h. wird also aufschiebend bedingt (924)-, wenn das Urteil gefällt wird. Kann aber die Unterlassung des erschienenen Genossen in diesem Prozeßstadium mangels Anwendbarkeit des § 62 ZPO schon nicht dem säumigen Genossen zugerechnet werden, so ist auch dessen Präkludierung zu jenem Zeitpunkt uneingeschränkt zu v e r n e i n e n (925); davon wird keine Prozeßhandlung bzw. deren Unterlassung ausgenommen (926). Deshalb muß das dem säumigen Genossen zustehende Recht, eine bisher unterlassene Prozeßhandlung bzw. eine bisher erhobene Rüge nachzuholen, von dem Verhalten des erschienenen Genossen unberührt bleiben (927).

-
- 922) Die Arbeit hat bereits oben S. 100 zu § 6, insbesondere S. 102, klar herausgestellt, daß die Wirkungen des § 62 ZPO nicht sogleich mit der Vornahme von Prozeßhandlungen des erschienenen Genossen eintreten könne.
- 923) Vgl. oben Note 293.
- 924) Vgl. oben S. 102 (a.E.).
- 925) Anders wäre diese Frage für den Zeitpunkt der Urteilsfällung zu beantworten, weil dann der Einheitlichkeitsgrundsatz einzugreifen vermag (-vgl. auch oben Note 921-).
- 926) Ebenso Fuhr, S. 21 zu 2.
- 927) Ebenso: Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 B (a.E. sehr ungenau); Bull, ZMR 1953/303 vor II; Fuhr, S. 22 zu 4; Goldschmidt, Prozeß, S. 533/1b, c (jedoch a.A. für die konkret-notwendige

Demgegenüber vermag die Gegenansicht schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie die Handlungen bzw. die Unterlassungen des erschienenen Genossen von vornherein als gleichzeitig vom säumigen Genossen vorgenommen gelten läßt (928): Diese Überlegungen gehören aber der abzulehnenden Vertretertheorie (929) - zumindest der Vertretungsfiktionstheorie (930) - an, deren mangelnde Übereinstimmung mit der Konstruktion des § 62 ZPO hierdurch erneut nachgewiesen ist. Der Ausschluß der Präklusionswirkung kann letztlich auch nicht mit der Gefahr einer Prozeßverschleppung angegriffen werden, weil die Vorschrift der §§ 278 Abs. II, 279 ZPO eine zweckmäßige und ausreichend wirksame Handhabe hiergegen bietet (931).

Die weitergehende h.M. über die Präklusionserstreckung auf den ausgebliebenen Genossen ist somit weder notwendig noch durch eine sinnvolle, nicht schematisierende Gesetzesauslegung geboten.

Streitgenossenschaft, vgl. dazu aaO, S. 533/2b, c); Nikisch § 110/III 3; OLG Neustadt NJW 1953/1266; RG Gruchot 46/661; RG JW 1902/162, 1903/21; Rosenberg, Stellvertretung S. 68, Lehrbuch § 95 III 3b (a.E.), Besprechung zu RG JW 1931/3541; Schöнке-Schröder-Niese § 26 V 2a; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3 b, § 62 ZPO, Anm. 3 Abs. 4; Sydow-Busch, § 62 ZPO, Anm. 4; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III a1 (-bea. jedoch aaO, Anm. B III c-); Zöllner, § 62 ZPO, Anm. 2.

928) Vgl. Fuhr, S. 22 zu 4.

929) Vgl. oben S. 10 f.

930) Vgl. oben S. 24 f., insbesondere S. 31 zu Note 116.

931) -hierauf haben bereits Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3b a.E., und Fuhr, S. 22 zu 3, hingewiesen-

2. Abschnitt: Prozeßhandlungen mehrerer erschienenener Genossen.

§ 1: Die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO und ihre Folgen.

Die bisherige Untersuchung der Prozeßhandlungen in ihrer durch § 62 ZPO herbeigeführten prozessualen Tragweite ging von der Unterstellung (932) aus, daß nur *e i n e r* der notwendigen Streitgenossen erschienen ist, an dessen Verhalten die Funktionen des § 62 ZPO geknüpft werden konnten. Die hierbei aufgezeigten Schwierigkeiten (933) vermehren sich aber um ein vielfaches, wenn mehrere der Genossen - oder gar alle (934) - erscheinen bzw. mehrere ausbleiben: Für diese Sachlage versagt die ohnehin schon dürftige Regelung des § 62 ZPO (935) -die nur auf den Säumnisfall abgestellt ist- vollends (936, 937).

Dabei mag die Frage, welcher Handlung der Genossen die Erstreckungswirkung auf den Rechtskreis des ausgebliebenen Genossen zukommt, solange noch verdeckt bleiben (938), als die erschienenen Genossen in ihrem Verhalten

932) Vgl. im Gegensatz dazu oben S. 175 f.

933) Vgl. oben S. 111.

934) Daß keine Schwierigkeiten der bislang erörterten Art vorliegen, wenn alle Genossen erscheinen u n d sich übereinstimmend verhalten, bedarf keiner Erörterung (-vgl. hierzu Lent IuJ 90/90 zu § 6 I; Samper, S. 54 zu II/1-). Allerdings ist auch diese Lage nicht ohne Problematik, wenn es an der allgemeinen Übereinstimmung fehlt; vgl. hierüber im folgenden unten S. 216 zu § 2.

935) Vgl. oben S. 4 zu Note 14; Samper, S. 58 zu 3a.

936) So auch Fuhr, S. 28 zu § 9 I.

937) Ob dieser Mangel eine unbeabsichtigte Regelungslücke darstellt oder aber von vornherein auf die Überbrückung durch konstruktive Auslegung abgestellt wurde, kann mit dieser Feststellung nicht entschieden werden!

938) Eine praktische Bedeutung fehlt dieser Frage

einig (939) sind. Hierdurch wird aber der irreführende Eindruck hervorgerufen, daß die Art der Verhaltensweise (940) bzw. das Ausmaß der Übereinstimmung der erschienenen Genossen den Ausschlag für die Anwendbarkeit des § 62 ZPO bildeten. Verhalten sich dieselben in widersprechendem Sinne (941), so wird die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO aber nur besonders augenfällig; der innere Anlaß für diese Auswirkung bleibt jedoch derselbe: Die gegensätzliche Regelung dieser Vorschrift berücksichtigt nämlich ausschließlich den Fall, daß die Erstreckungswirkung für den säumigen Genossen durch das Verhalten des nichtsäumigen erfolgt. Besagt dies zwar nicht schon der Wortlaut des § 62 ZPO selbst, so geht aus seinem Sinnzusammenhang hervor, daß bei der Formulierung ("Vertretung" der säumigen Genossen durch die nichtsäumigen-) die Mehrzahlbezeichnung der Einzahl gleichgesetzt wurde; Literatur und Rechtsprechung haben die Regelung des § 62 ZPO von jeher so verstanden, als ob sie die "Vertretung" des säumigen Genossen durch den nichtsäumigen ausgesprochen hätte. Aus dem formell-sprachlichen Unterschied der redaktionellen Ausdrucksweise

schon deshalb, weil es bei einheitlichem Verhalten der erschienenen Genossen für das Ergebnis gleichgültig erscheint, von wessen Handlung diese "Erstreckungswirkung" ausgehen kann. Die Frage nach der theoretischen Grundlage für die Anwendbarkeit des § 62 ZPO - denn nur er allein eröffnet die prozeßrechtliche Erstreckung auf den ausgebliebenen Genossen! - bleibt damit noch offen.

939) - gemeint ist hier ein einheitlich-übereinstimmender Prozeßablauf durch gleiches Verhalten aller der erschienenen Genossen -

940) Vgl. unten Note 966.

941) Der von der Literatur als "partielle Säumnis" bezeichnete Fall der mangelnden Übereinstimmung der Genossen in ihrem Verhalten bildet keine Besonderheiten und wird deshalb im folgenden als Unterfall des widersprechenden Verhaltens (-so auch Fuhr, S. 35 f. zu VIII; Samper, S. 68, Anm. 2-) behandelt.

dieser Vorschrift kann daher eine materiell-sachliche Unterscheidung nicht hergeleitet werden. Bei mehreren erschienenen Genossen würde somit die Anwendung dieser Vorschrift schon dem eigentlichen Regelungsinhalt zuwiderlaufen! Da diese Feststellung aber für beide dargelegten Fälle zutrifft, ist somit nachgewiesen, daß hier wie dort letztlich die nämliche Ursache in Erscheinung tritt: Es ist nicht die etwa vorhandene oder fehlende Übereinstimmung in den Verhaltensweisen der erschienenen Genossen, die die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO bewirkt, sondern primär gerade der Umstand, daß überhaupt mehrere Genossen erschienen sind! Diese Überlegung zieht aber die Feststellung nach sich, daß es für den Fragenkreis des § 62 ZPO selbst den angeblichen Sonderfall eines "widersprechenden" Verhaltens der erschienenen Genossen nicht gibt (942)! Tritt eine solche Sachlage ein, so kann das Problem der Erstreckungswirkung für den ausgebliebenen Genossen nicht mittels der Vorschrift des § 62 ZPO gelöst werden: Dieser Fall, daß alle Genossen ausnahmslos erschienen sind und sich widerstreitend verhalten, ist in gleicher Weise durch das Gesetz nicht unmittelbar geregelt wie eben jener, daß entgegen den Tatbestandsvoraussetzungen des § 62 ZPO die Prozeßhandlungen m e h r e r e r Genossen für diese Erstreckungswirkung in Betracht kommen können.

Zur Lösung bleiben daher lediglich die allgemeinen institutionellen Grundsätze der notwendigen Streitgenossenschaft als Prozeßfigur (943), nicht aber die Einzelvorschrift des § 62 ZPO zur Verfügung.

942) Vgl. aber unten Note 957.

943) Die Arbeit ist sich daher im Klaren darüber, daß diese Erörterungen besser de lege ferenda Geltung beanspruchen können!

§ 2: Das sogenannte "widersprechende" Verhalten als echter Sonderfall der notwendigen Streitgenossenschaft.

Der auch für die notwendige Streitgenossenschaft - wie für die einfache Streitgenossenschaft (944) - bestehende Mehrheitlichkeitsgrundsatz (945) ermöglicht (946) unbestreitbar die rechtliche Zulässigkeit von widersprechendem Verhalten der Genossen; auf ihn muß mangels Anwendbarkeit des § 62 ZPO (947) zurückgegriffen (948) werden. Nachdem der Einheitlichkeitsgrundsatz nur für die Sachentscheidung gilt (949), nicht aber für das Gesamtverhalten der Genossen (950), ist daraus zu folgern, daß für das Einzelverhalten jedes Genossen insoweit keinerlei Beschränkungen bestehen (951).

Indes: Die Forderung nach Einheitlichkeit der Sachentscheidung muß hiervon unbehelligt bleiben (952): Nur

-
- 944) Vgl. § 59 ZPO.
- 945) Über den Begriff vgl. oben S. 58 f.
- 946) So auch Samper, S. 58 zu 3a; Fuhr, S. 28 zu II; Wolff, S. 35.
- 947) - der hier in seiner Eigenschaft als Sondervorschrift in Erscheinung tritt (vgl. oben S. 107 f. zu § 2)-
- 948) Vgl. auch die Bedeutung des § 61 ZPO für die notwendige Streitgenossenschaft als grundsätzliche Regel (-dazu oben Note 236-).
- 949) Vgl. oben S. 41 f.
- 950) So ausdrücklich auch Lent IuJ 90/62, 63 sowie aaO 90/90 zu § 6 I, während Nikisch, § 110 III 3, eine "einheitliche Gestaltung des Prozeßstoffes" fordert.
- 951) Vgl. auch Fuhr, S. 29 III 1; Samper, S. 58 zu 3a; Wachenfeld, S. 53.
- 952) Auf ihre zentrale Bedeutung wurde wiederholt hingewiesen, vgl. oben S. 36.

dieser das Wesensmerkmal (953) der notwendigen Streitgenossenschaft bildende Grundsatz kann den Maßstab dafür bilden, wie das widersprechende Verhalten der Genossen zu lösen ist. Scheidet aber auf Grund der Unanwendbarkeit des § 62 ZPO jeder Gedanke an die Erstreckungswirkung einer Prozeßhandlung unter Bindung der anderen Genossen aus (954, 955), so entstünde mit der vollen Wirksamkeit dieser einzelnen Prozeßhandlung der Genossen im Falle ihrer Divergenz mehr als die bloße Gefahr, daß die durch dieses widerstreitende Verhalten indizierten Sachentscheidungen entsprechend differieren würden: Vielmehr wären gerade jene Divergenzentscheidungen möglich, die das Verfahrensrecht durch die Einrichtung eines so besonderen Gebildes wie das der notwendigen Streitgenossenschaft verhindern will (956)!

Es ist daher nicht anders denkbar, als daß das widersprechende Verhalten bei der notwendigen Streitgenossenschaft - im Gegensatz zur einfachen - eine Sonderbehandlung erfahren muß (957). Nachdem für diese Prozeßfigur der Einheitlichkeitsgrundsatz die ihren Wesensinhalt (958) darstellende lex specialis ist, kann diese

-
- 953) Vgl. oben Note 952 und S. 109 zu Note 436; auf die Bedeutung des Einheitlichkeitsgrundsatzes als einzigen Ausgangspunkt für die Probleme der notwendigen Streitgenossenschaft hat die Arbeit von Anfang an abgestellt.
- 954) - was die Richtigkeit des Mehrheitlichkeitsgrundsatzes gerade auch für den Fall der notwendigen Streitgenossenschaft bestätigt! -
- 955) So auch Lent IuJ 90/91 zu 1.
- 956) So Lent IuJ 90/92 vor 3; vgl. auch unten Note 985.
- 957) Vgl. oben zu Noten 947, 949; diese Sonderbehandlung bezieht sich auf die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft schlechthin, nicht auf die Vorschrift des § 62 ZPO und den von ihr geregelten - beschränkten - Problemkreis!
- 958) Vgl. oben Noten 951, 953.

Sonderbehandlung aber nicht in einer Beschneidung des Mehrheitlichkeitsgrundsatzes bestehen, sondern nur in dem Versuch, gerade diese Spezialnorm einzuschränken. Zu einer anderen, die elementarsten Verfahrensgrundsätze - wie es der Mehrheitlichkeitsgrundsatz einer ist - treffenden Maßnahme fehlt nämlich jede Notwendigkeit, - dies wird durch eine zweifache Beweisführung belegt: Zum einen hat sich der Einheitlichkeitsgrundsatz nicht als so stark erwiesen, daß er die einzelnen Prozesse der notwendigen Streitgenossenschaft zu einem einzigen Prozeß hätte verschmelzen lassen können (959), zum anderen wird die Vorrangstellung des Einheitlichkeitsgrundsatzes nicht durch die Mehrheitlichkeit der Prozesse der Genossen - und der hierdurch bedingten Möglichkeit widersprechenden Verhaltens - gefährdet, sondern durch die volle Wirksamkeit der widersprechenden Prozeßhandlungen! Denn ist eine Prozeßhandlung wirksam (960), so bedeutet dies, daß einerseits das Gericht an die verfahrensrechtlich vorgesehenen Rechtsfolgen sowie der erklärende Genosse ebenfalls an diese u n d zugleich auch an die Unwiderruflichkeit dieser seiner Erklärung im Rahmen des § 290 ZPO gebunden sind.

Es ist daher nur folgerichtig, gerade hierin die Lösung zu suchen (961). Hinsichtlich der beiden konkurrierenden Grundsätze der Mehrheitlichkeit der Prozesse und der Einheitlichkeit der Sachentscheidung ist daher eine solche Einschränkung gerechtfertigt, die von dem einen Grundsatz ausgeht u n d den anderen zugleich dennoch voll gewährleistet.

959) Vgl. oben S. 63 zu Note 244; so auch Samper, S. 58 zu 3a; Wachenfeld, S. 53.

960) Die Möglichkeit widersprechender Behauptungen ist ja nicht ausgeschlossen (vgl. Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V 3)!

961) So auch Fuhr, S. 29 III 2; Samper, S. 58 zu 3a.

§ 3: Der Eingriff in die Bindungswirkungen der Prozeßhandlungen als Lösung des widersprechenden Verhaltens.

- a) Der Gesamtausschluß der Bindungswirkungen aller Prozeßhandlungen.

Die Lehre hat übereinstimmend (962) die Kompromißlösung darin gesehen, daß dem prozessualen Verhalten des Genossen dann jegliche Bindungswirkung abzusprechen ist, wenn es in Widerspruch mit dem der anderen - und umgekehrt - steht (963). Dadurch wird in der Tat bewirkt, daß konträre, zwangsläufig an das widersprechende Verhalten gebundene (964) Entscheidungen verhindert werden.

Dem Umstand, daß sich diese Rechtsfolge nicht oder zumindest nicht unmittelbar auf eine Gesetzesnorm zu stützen vermag (965), kann hierfür lediglich eine untergeordnete - wenn auch nicht überhaupt keine - Bedeutung zukommen. Als richtig muß allerdings anerkannt bleiben, daß die Gefahr divergierender Prozeßhandlungen der Genossen deshalb bestände, weil das Gericht an sie gebunden ist, - soweit ihnen überhaupt eine solche Wirkung zukommt (966)! In diesem Umfang gebieten die dargelegten

962) Vgl. unten Note 988.

963) Sie kommt darin im Ergebnis der von der österr. ZPO verfolgten Methodik nahe, wenngleich beider Ausgangspunkt verschieden ist; vgl. unten S. 220 zu b.

964) - wie etwa Anerkenntnis- und Verzichtsurteil -

965) Rechtsstaatliche Grundsätze dürften hierdurch dennoch nicht verletzt erscheinen, weil der hier für die Praxis genügende (-vgl. oben S. 7-) und auch dogmatisch befriedigende Lösungsversuch auf jene Grundlagen zurückgreift, die der notwendigen Streitgenossenschaft vom Gesetz durch die Vorschrift des § 62 ZPO unzweideutig beigelegt worden sind.

966) Auf die Unterscheidung der Prozeßhandlungen (vgl. oben Note 940) in solche von feststellender und solche lediglich tatsächlicher Aussage braucht hier nicht eingegangen zu werden; vgl. a.A. Samper,

Überlegungen (967) die Verneinung der Bindungswirkung des Richters an diese Prozeßhandlungen.

- b) Der Gesamtausschluß aller Bindungswirkungen einzelner Prozeßhandlungen.

Freilich besteht auch eine andere Lösungsmöglichkeit, - wie die des österreichischen Verfahrensrechts (968): Bei widersprechendem Verhalten gilt dort die zeitlich zuerst gesetzte Prozeßhandlung und - falls sie der Widerrufungsmöglichkeit unterliegt (969) - die letzte (970) bzw. die günstigste (971). In einem solchen Falle erstrecken sich also "die Wirkungen der Prozeßhandlungen der tätigen Streitgenossen insoweit auf die säumigen, als diese Prozeßhandlungen dem Gesamtinteresse aller Streitgenossen und der für sie günstigen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses dienen. Der Widerspruch zwischen den Prozeßhandlungen der tätigen Streitgenossen ist mit Hilfe der Prozeßleitung und des Beweis-

S. 5 zu g; wohl auch Fuhr, S. 30 f. zu V; Stein-Jonas § 62 ZPO, Anm. V 4, sind der gleichen Ansicht.

967) . Vgl. oben S. 216 f. zu § 2.

968) Vgl. Karl Wolff, S. 127 b, delta 2.

969) Diese Einschränkung ist in sich unverständlich bzw. unbehelflich! Denn wird dort eine widerrufliche Prozeßhandlung widerrufen, kann sie nicht mehr als "zuerst" gesetzt bestehen bleiben und das Problem des widersprechenden Verhaltens nicht auslösen; ist die Prozeßhandlung aber unwiderruflich, so ist mit dem Gültigkeitsgrundsatz der zuerst gesetzten Prozeßhandlung wiederum der Lösung des Widerrufsproblems nichts gedient (vgl. unten S. 222)!

970) Vgl. oben Note 968.

971) Vgl. Pollak, S. 201 zu c; hiergegen Holzhammer ÖJZ 14/624 - insbesondere Anm. 44 -.

verfahrens zu beseitigen" (972).

Bereits ohne längere Überlegungen lassen sich einer solchen Regelung zwei Einwände sofort entgegenhalten: Ist nämlich schon eine Unterscheidung der einzelnen Prozeßhandlungen nach ihrer Günstigkeitswirkung oder ihrer zeitlichen Folge ein recht unzureichendes (973) Korrekturmittel, so wird schließlich im Endergebnis mit diesem Ratschlag die Prozeßsituation mit jener von der deutschen Prozeßrechtswissenschaft erarbeiteten Lage identisch (974), keineswegs aber im Sinne einer Verbesserung abgeändert!

Auch soweit diese Regelung auf die zeitlich zuletzt gesetzte Prozeßhandlung abstellt, muß sie Widerspruch hervorrufen: Erscheint diese Lösung schon auf dem ersten Blick nicht wenig schematisch und daher geradezu willkürlich, so müssen darüber hinaus auch praktische Bedenken gegen sie sprechen. Sollte damit in der Tat ein zeitlicher Wettlauf um die Bewertung der Prozeßhandlung eines Genossen als die jeweilig "zuletzt abgegebene" möglich sein?! Schließlich stellt sich das Problem als praktisch ebenso ungelöst dar wie an seinem Ausgangspunkt, wenn "widersprechende Erklärungen abgegeben werden: (dann) gilt keine" (975)!

Zwar liegt tatsächlich dieser Lösungsvorschlag deshalb nahe, weil er die einheitliche Sachentscheidung ausschließlich auf eine einzige Prozeßhandlung der Genossen - nämlich der zuletzt abgegebenen! - gründen will und so

-
- 972) So Dubowy-Sesser-Pollak, § 14 österr. ZPO, Anm. 3, bzw. nunmehr Stägel-Michelmayr, § 14 österr. ZPO, Anm. 2.
- 973) Auf die Fragwürdigkeit eines sogenannten Günstigkeitsprinzips wurde wiederholt hingewiesen; vgl. oben Noten 345, 741.
- 974) Vgl. oben S. 219 zu § 3 a.
- 975) Vgl. oben Note 968.

den Widerstreit in ihrem Verhalten technisch ausschaltet. Wenn aber im Endergebnis für die zu treffende Gerichtsentscheidung keine der abgegebenen Prozeßhandlungen gelten soll (976), haftet diesem Weg zu sehr der Vorwurf der mechanistischen Verformung eines Verfahrenstatbestandes an, für den sich eine bessere Lösungsmöglichkeit finden lassen müßte! Nachdem ohnehin die Bindung des G e r i c h t s an das widerstreitende Verhalten der Genossen die eigentliche Ursache der hier besprochenen Schwierigkeiten darstellt (977), wäre es verfehlt, gerade diesen Umstand bei den Lösungsversuchen zu ignorieren; der obige Kompromiß (978) verdient daher insoweit den Vorzug.

c) Die Teilbeschränkung einzelner Bindungswirkungen.

Mit Rücksicht auf die Verpflichtung jeder Rechtsfindung an Gesetz und Recht (979) enthebt jedoch der Mangel (980) an einer klaren Gesetzesregelung (981) dieser Frage für die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft nicht von der Nachprüfung des genannten Kompromisses (982) dahin, ob die regelwidrige Behandlung sich in dem g e - b o t e n e n Maße hält. Der Ausschluß der Bindung an die divergierende Prozeßhandlung ist jedenfalls zwar für jenen Teil derselben gerechtfertigt, soweit er das Gericht betreffen würde: Soweit aber der Genosse selbst

976) Vgl. oben Note 968.

977) Vgl. oben S. 218.

978) Vgl. oben S. 219 zu § 3 a.

979) Vgl. oben Note 965 und Art. 20 GG.

980) Diese Klage besteht auch hier zurecht; vgl. dazu oben S. 4 zu Note 14.

981) Vgl. unten Note 994 a.E.

982) Vgl. oben S. 219 zu Note 962.

durch seine eigene Prozeßhandlung gebunden wird (983), ist die Notwendigkeit zum Ausschluß auch dieses Teiles allerdings n i c h t einzusehen. Denn das Gesetz hat die Prozeßhandlungen mit solchen Rechtswirkungen ausgestattet, die eben kraft Gesetzes bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eintreten müssen und nur dann und insoweit hierin gehindert werden, als das Gesetz selbst oder dessen Auslegung eine solche Einschränkung bestimmten (984). Daß aber der einzelne Genosse an seine Erklärung selbst gebunden bleibt (985), vermag dem Einheitlichkeitsgrundsatz keinen Abbruch zu tun, solange diese beschränkte Wirkung nicht über ihre wohlverstandenen Grenzen (986) ausgedehnt wird: Das Gericht kann

983) Vgl. § 290 ZPO.

984) Dieser gleiche Gedankengang findet sich auch bei Samper, S. 64 vor d, der ihn allerdings auf das Einzelgeständnis abstellt; seine Allgemeingeltung kann dadurch aber nicht eingeschränkt werden. Ebenso Fuhr, S. 33 zu 3 (a.E.).

985) So auch Lent IhJ 90/94 zu III, der jedoch aaO, 90/91 zu II 2 insoweit mißverständlich ist. Wenn er es dort ablehnt, der Erklärung des einzelnen Genossen "die normale Wirkung mit Beschränkung auf seine Person" beizulegen, so meint er damit die unbeschränkte Wirksamkeit dieser Prozeßhandlung im Prozeß des erklärenden Genossen: Daß diese tatsächlich n i c h t eintreten darf, weil sodann durch die Bindungswirkung für den Richter an jenes Vorbringen solche Divergenzentscheidungen im Einzelprozeß des erklärenden Genossen herbeigeführt werden, die gerade durch die Institution der notwendigen Streitgenossenschaft "unter allen Umständen vermieden werden" sollen (Lent aaO; vgl. auch oben S. 217 zu Note 956), stimmt mit der Arbeit überein.

986) "... Weil ... (diese) Prozeßhandlungen nur insoweit wirkungslos sind, als es die Herbeiführung einheitlicher Entscheidungen erfordert, ist es berechtigt, die eine Wirkung eintreten zu lassen, während man den Eintritt der anderen leugnet" (so Fuhr, S. 33 vor VI). Außerhalb der Grenzen des Einheitlichkeitsgrundsatzes besteht demnach kein Grund und keine Berechtigung, weiterhin von der Wirkungslosigkeit dieser Prozeßhandlungen auszugehen. Vgl. auch Wolff, S. 35.

durch die für den erklärenden Genossen wirksame Prozeßhandlung nicht zu einer Sachentscheidung gezwungen werden (987); es wird ihm lediglich die Befugnis verliehen, auf Grund dieser Erklärung über den Verfahrensfortgang mit Wirkung gegenüber allen Genossen zu befinden. Das Gericht ist daher in seiner Beweiswürdigung hinsichtlich des widerstreitenden Verhaltens der Genossen als frei und keinen starren Beweisregeln unterliegend zu betrachten (988). Damit werden die hiervon betroffenen Prozeßhandlungen dem Vorbringen an tatsächlichem Streitstoff der Genossen gleichgesetzt (989), welchem - wie jedem Tatsachenvorbringen schlechthin - keine bindende Wirkung für das Gericht zukommt (990). Die Beweiswirkung dieser Prozeßhandlungen tritt daher an die Stelle der Bindungswirkung (991) und verleiht ihnen deren Bedeutung für die

-
- 987) - wie es etwa beim Anerkenntnis - oder Verzichtsurteil der Fall ist, vgl. oben S. 219 zu Note 964. Insoweit sind diese Prozeßhandlungen ihrer nach §§ 306, 307 ZPO typischen Wirkungen "beraubt" (Samper, S. 62 vor c), aber nicht bedeutungslos; vgl. unten zu Note 992 -
- 988) Vgl. unten Note 992; ebenso:
Hellwig, Lehrbuch III/161; Kisch, S. 88 f. (teilweise abweichend); Levetzow, S. 87; Meyer-Hirschmann, § 62 ZPO, Anm. 4; Nikisch, § 110 III 3; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3a; Schönke-Schröder-Niese, § 26 V 2a; Seuffert-Walsmann, § 61 ZPO, Nr. 3 Abs. 4; Sitzler, S. 46; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V 2; Sydow-Busch, § 62 ZPO, Anm. 4; Zimmermann, S. 43; Zöllner, § 62 ZPO, Anm. 2.
Zu diesem Ergebnis, daß die widersprechenden Handlungen der Genossen lediglich im Rahmen der freien Beweiswürdigung des Richters Bedeutung gewinnen können, gelangt auch die österreichische Lehre (vgl. Holzhammer ÖJZ 14/625, Anm. 45); mit ihrer Konstruktion der "einheitlichen Streitpartei" nach § 14 österr. ZPO erreicht sie damit gerade auch bei diesem Hauptproblem der notwendigen Streitgenossenschaft ebenfalls nicht mehr und kein anderes Ergebnis als die deutsche Lehre!
- 989) So Lent I hJ 90/93 zu III mit Recht.
- 990) Vgl. oben Note 989.
- 991) So Lent I hJ 90/93 vor III.

richterliche Würdigung als ein Teil des gesamten Inhalts der Verhandlung im Sinne des § 286 ZPO (992).

Auf diese Weise wird unter der geringstmöglichen Beeinträchtigung prozessualer Grundsätze (993) das Ziel der notwendigen Streitgenossenschaft in der prozessualen Ermöglichung der einheitlichen Sachentscheidung herbeigeführt (994), ohne die Selbständigkeit des einzelnen Prozesses des Genossen zu beseitigen.

-
- 992) Vgl. Lent IhJ 90/93 vor III; Fuhr, S. 29 zu IV; Samper, S. 62 vor c. Auch Hahn, S. 174, fordert, daß "es der freien Würdigung des Gerichts unterliegen muß, welches Gewicht auf das Geständnis einzelner Streitgenossen zu legen ist".
- 993) Vgl. oben S. 218.
- 994) Ob dieses Ergebnis mit der früheren Vorschrift des § 472 ZPO in Zusammenhang zu bringen ist, kann dahinstehen. Richtig ist jedenfalls im Hinblick auf ihre Aufhebung durch das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27.10.1933 (RGBl. I /964), daß auch ohne sie ein mit ihrer Auslegung übereinstimmendes Ergebnis erzielt werden kann (-so Fuhr, S. 28 zu I, noch in einem Zeitpunkt, als sie noch nicht aufgehoben war!-). Sie bietet daher lediglich einen Anknüpfungspunkt (Lent IhJ 90/93 vor III), kann jedoch für diese Erörterungen nicht mehr als theoretische Grundlage herangezogen werden (-vgl. oben Noten 13, 214; so auch Samper, S. 60 (a.E.); a.A. Wolff, S. 36-).

Soweit die Beweislage bei widerstreitendem Verhalten der Genossen noch Schwierigkeiten für die einheitliche Entscheidung aufweisen sollte, wäre eine Regelung entsprechend der Amtsermittlung des § 622 Abs. I, 1. Halbsatz ZPO zu empfehlen.

4. Kapitel

Die Prozeßbeendigung

1. Abschnitt: Das Urteil.

§ 1: Das Endurteil.

Der regelmäßige Abschluß des Verfahrens erfolgt durch das auf die streitige Verhandlung ergehende Endurteil nach § 300 ZPO. Selbstredend macht davon die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft keine Ausnahme: Gerade für diesen Normalfall ist die Vorschrift des § 62 ZPO geschaffen, damit die Einheitlichkeit der Sachentscheidung auch für und gegen den nichterschiedenen Genossen gesichert ist (995).

§ 2: Das Versäumnisurteil.

- a) Die Bejahung der Säumnisentscheidung als bedingt zulässige Prozeßbeendigung im Falle des § 62 ZPO.

Im Gegensatz zur streitigen Entscheidung steht die auf der Säumnis einer Partei fußende, den von ihr geltend gemachten Prozeßanspruch negierende Entscheidung nach §§ 330 f. ZPO. Durch sie müßte im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft der Tätigkeit des erschienenen -"fleißigen"- Genossen in Richtung auf eine den Prozeßanspruch bejahende Entscheidung von vornherein jede Erfolgsaussicht genommen werden (996); zugleich ist die Einheitlichkeit der Sachentscheidung mit einer

995) Wegen der näheren Ausführung dieses Regelfalles in seiner theoretischen Konstruktion wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf oben S. 41 f. verwiesen.

996) - ein Ergebnis, das den Verdacht auf ein "Übergewicht" des Einflusses durch den untätigen Genossen sicherlich nähren würde; vgl. hierzu aber oben S. 112 (a.E.), 68.

solchen Lösung erheblich gefährdet (997). Der Existenzwert der Vorschrift des § 62 ZPO wird daher allgemein vornehmlich im Ausschluß dieser Säumniswirkung gesehen. Wenn aber eine solche Divergenzgefahr nicht vorhanden ist (998), besteht auch kein Grund gegen die Zulässigkeit des Versäumnisurteils als allgemein gesetzlich anerkannte Beendigungsform des Prozesses. Aus der Vorschrift des § 62 ZPO allein kann daher noch kein Verbot (999) des Versäumnisurteils schlechthin gegenüber der notwendigen Streitgenossenschaft hergeleitet werden (1000). Zwar stellt sich die durch § 62 ZPO angeordnete sogenannte "Vertretungswirkung" hier gleichsam als eine "Nichtsäumnisfiktion" (1001) dar; es besteht aber mit Recht Einigkeit darüber (1002), daß bei Säumnis a l l e r Ge-

-
- 997) Divergenzurteile wären deshalb zu befürchten, weil zunächst die Klage des säumigen Genossen durch Versäumnisurteil abzuweisen bzw. der Klage des Gegners gegen den säumigen Genossen durch Versäumnisurteil stattzugeben wäre, während die restlichen Klagen der Genossen bzw. gegen sie solange der ungebundenen richterlichen Entscheidungsfreiheit - und damit der Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung - unterliegen, als das vorgenannte Versäumnisurteil nicht Rechtskraft erlangt hat: Eine mit dem Einheitlichkeitsgrundsatz unvereinbare Rechtslage!
- 998) - etwa weil alle Genossen fehlen und nicht vertreten sind, so daß die gegen sie ergehenden Versäumnisurteile gleichlauten (-vgl. unten S. 228-), oder etwa, weil einer der Genossen aus der Streitgenossenschaft ausscheidet (-vgl. unten S. 229 zu b-) oder andere Gründe vorliegen (-vgl. S. 230-)-
- 999) Vgl. oben S. 66 zu Note 258.
- 1000) Jedoch a.A. ohne Einschränkung auch Lent IhJ 90/71, 74 zu II 1; vgl. dazu unten Note 1003 sowie oben Note 647 und S. 65 f.
- 1001) So ausdrücklich Samper, S. 36 zu h; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III c.
- 1002) Vgl. Lent IhJ 90/69 zu § 4 I; Meyer-Hirschmann, § 62 ZPO, Anm. 4; Samper, S. 36 zu h; Sitzler, S. 46; Wolff, S. 21 zu g.

nossen auch gegenüber ihnen als zufälligerweise eine notwendige Streitgenossenschaft bildende Parteimehrheit ein Versäumnisurteil ergehen kann, - ja sogar muß, weil ohne die als Schutzvorschrift wirkende, aber hier so- dann tatbestandsmäßig unanwendbare Bestimmung des § 62 ZPO der gesetzlich gebotenen Folge der §§ 330 f. ZPO nicht Einhaltung geboten werden kann: Dem Grundsatz, daß für den Normalfall der notwendigen Streitgenossenschaft durch § 62 ZPO das Versäumnisurteil ausgeschlossen ist (1003), steht somit der andere Grundsatz, daß bei Unanwendbarkeit des § 62 ZPO (1004) auch die notwendige Streitgenossenschaft den Säumnisvorschriften unterliegt (1005), gleichberechtigt gegenüber. Sie sind in ihrer

1003) Vgl. aber oben Note 1000.

1004) - gemeint ist hier: soweit die in § 62 ZPO genannten Fälle einer notwendigen Streitgenossenschaft vorliegen (vgl. auch oben Note 5), jedoch im üb- rigen die Voraussetzungen zur Anwendung seiner "Erstreckungswirkung" fehlen-

1005) Eine einheitliche Linie als Grundlage für eine h.M. hat sich für diese Frage nicht bilden können. Für die Zulässigkeit des Versäumnisurteils sind u.a. Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 B und C (-teilweise!-); Kisch, S. 44 (-ebenfalls nur teilweise!-); Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. IV C a; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V 2 (-vgl. hierzu unten Note 798-); Wachenfeld, S. 139; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III c; für die Unzulässigkeit des Versäumnisurteils bei dieser Sachlage sprechen sich u.a. aus: Lent IhJ 90/75; Samper, S. 37; Wolff, S. 22. Letzterem kann aber in der Begründung keineswegs gefolgt werden: Er behandelt die notwendige Streitgenossenschaft wie eine juristische Person des Pro- zeßrechts, weil nach seiner Ansicht Kläger bzw. "Beklagter die Streitgenossenschaft (ist). Die Streitgenossenschaft als ganze ist aber nicht säumig gewesen" (Wolff aaO.). Eine solche An- nahme findet jedoch im Gesetz keine Stütze; schon nach dem Grundsatz der Mehrheitlichkeit der Pro- zesse (-vgl. oben S. 58 f.-) kann nicht von einer "einheitlichen Streitpartei" ausgegan- gen werden (-vgl. auch unten S. 279 zu Note 1271-). Ebenso Samper, S. 37/38.

Anwendbarkeit lediglich davon abhängig, daß ein Säumnisfall derart vorliegt, der nicht durch die Vorschrift des § 62 ZPO gelöst werden kann (1006).

b) Besondere Säumnisfälle der notwendigen Streitgenossenschaft und ihre prozessuale Behandlung.

aa) Das Ausscheiden des erschienenen Genossen aus der Streitgenossenschaft.

Die Arbeit hat Prozeßlagen aufgezeigt, in welchen der erschienene Genosse eine lediglich seinen eigenen Prozeß beendende Prozeßhandlung vornimmt, die nicht unter die Erstreckungswirkung fällt (1007), so daß der Prozeß des nichterschiedenen Genossen anhängig bleibt: Dieser Genosse ist dann weder vertreten noch als vertreten anzusehen, - und die Möglichkeit der Säumnisentscheidung ihm gegenüber ist damit uneingeschränkt eröffnet. Eine dem entgegengesetzte Möglichkeit, wonach kein Versäumnisurteil erlassen werden könnte, besteht nicht (1008).

bb) Die Bedeutung der fehlerhaften Ladung eines der nichterschiedenen Genossen.

Die Literatur (1009) beschäftigt sich bei diesem Problem-

-
- 1006) Hinsichtlich der Angreifbarkeit eines solchen Versäumnisurteils vgl. unten S. 259 zu § 2.
- 1007) Vgl. oben Noten 601, 626, 628, 648, 653 (Klageabänderung), 692 (Prozeßvoraussetzungen), 887 (Vergleich), und unten Note 1217 (Rücknahme des Rechtsbehelfs).
- 1008) Vgl. oben S. 228.
- 1009) Vgl. u.a.:
Dreyer Gruchot 38/18; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/aa; Fuhr, S. 23; Hachenburg, S. 45; Hellwig, Lehrbuch III/141, /164; Kisch, S. 44; Lent IuJ 90/74 zu IV; Meyer ZZP 20/508; Nikisch

kreis auch mit der Frage, welche Zusammenhänge zwischen jener "Erstreckungswirkung" des § 62 ZPO und der fehlerhaften Ladung eines der nichterschienenen Genossen bestehen, falls a l l e anderen Genossen trotz ihrer Ladung ebenfalls nicht erschienen sind.

Allgemein wird die Antwort hierauf in der Lösung der Säumnisprobleme gesucht (1010). Dieser Weg kann aber schon deshalb nicht richtig sein (1011), weil keine Prozeßpartei für ihr Fernbleiben verantwortlich gemacht werden kann, wenn sie nicht ordnungsgemäß geladen wurde: Der h.M. kann daher nur insoweit gefolgt werden, als dieser nicht ordnungsmäßig geladene Genosse nicht säumig ist (1012). Zu dieser Schlußfolgerung zwingt nicht nur das prozessuale Säumnisrecht (1013) selbst, sondern

§ 110 III 4; Rosenberg, Lehrbuch § 93 III 3d; Samper, S. 36 zu h; Seuffert-Walsmann, § 63 ZPO, Anm. 2; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ca; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V 2; Wachenfeld, S. 132; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B II a; Wolff, S. 21 zu g.

- 1010) Vgl. oben Note 1009. Völlig a.A. jedoch Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V 2, die zwar das Versäumnisurteil bejahen, aber dem - gegenüber den restlichen Streitgenossen als Beklagten ergehenden - streitigen Urteil eine besondere, das Versäumnisurteil beseitigende Rechtskrafterstreckung beimessen.
Mit Recht hat Lent IhJ 90/75 darauf hingewiesen, daß eine solche Rechtsfolge aus dem Verfahrensrecht n i c h t hergeleitet werden kann!
- 1011) Welch große Unklarheiten hierüber bestehen, zeigt sich am Beispiel Samper, S. 36, der dem Fall der mangelhaften Ladung jenen der Aussetzung bzw. Unterbrechung des Prozesses eines der Genossen sowie den Fällen der Fristsetzung nach §§ 36 Abs. II, 89 Abs. I ZPO gleichsetzt.
- 1012) Vgl. Samper, S. 36; Fuhr, S. 23; und unten Note 1013. Über die von Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B III c, gegebene Auslegung der Säumniswirkungen vgl. oben S. 69 zu § 2 a.
- 1013) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 330 ZPO, Anm. 2c, § 335 ZPO, Anm. 3; Rosenberg, Lehrbuch § 76 IV vor 1, § 95 III 3 d, § 106 II 2.

bereits an sich die Logik, daß niemand für Folgen herangezogen werden kann, die nicht seinem Verhalten zuzurechnen sind (1014). Was aber gegen das Gesetz der Logik verstößt, sollte nicht als ordentliches Ergebnis des Rechts seine Billigung finden (1015).

Die Lösung muß vielmehr die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO ergeben, weil sie die einzige theoretische Ansatzmöglichkeit hierfür bietet. Wenn demgegenüber eingewendet wird, daß von "Vertretung" nur unter der Voraussetzung gesprochen werden könne, daß "der Vertreter tätig wird" (1016), so ist diese zweifellos für sich richtige Folgerung jedenfalls für die Sonderlage der durch die Vorschrift des § 62 ZPO angeordneten Regelung nicht brauchbar: sie ist nichts anderes als ein Rückfall in das für § 62 ZPO abzulehnende Gedankengut der Vertretertheorie (1017): Die notwendige Streitgenossenschaft hat in dieser Bestimmung nicht eine bloße Verweisungsnorm auf das Vertretungsrecht mit seinen eigenen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen gefunden, sondern sie selbst stellt die voll ausreichende Voraussetzung für den Eintritt der besonderen Rechtsfolgen der Erstreckungswirkung dar. Wenn der Gesetzgeber einen aus anderen Rechtsgebieten bekannten und von ihm hier erstrebten Rechtserfolg durch das Konstruktionsmittel eines "Gilt"-Befehls (1018) auch anderen - d.h. für diesen Rechtserfolg neuen - Voraussetzungen zuordnet, so wäre es rechtsirrig und

-
- 1014) Dieser Gedanke liegt auch dem Gefahrenbeherrschungsprinzip als einem allgemeinen Grundgedanken unseres Rechts zugrunde.
- 1015) Vgl. Schwab, Lent-Festschrift, S. 274 zu II 1(a.E.).
- 1016) So ausdrücklich Samper, S. 36; vgl. auch unten Note 1020.
- 1017) Vgl. oben S. 10 f.
- 1018) - und nichts anderes bedeutet die (-zurecht als Fiktion erkannte, vgl. oben S. 21 f., S. 107/108-) Formulierung des Gesetzes in § 62 ZPO! -

gesetzwidrig, wollte man diesen speziellen Rahmen durch die Hereinnahme der ursprünglichen - "alten" - Voraussetzungen dieses Rechtserfolgs erweitern. Dieser Rechtserfolg tritt eben dann ein, sobald diese gesondert statuierten Voraussetzungen erfüllt sind, und er hat die gleichen Wirkungen wie wenn er auf die anderen - aus seinem ursprünglichen Rechtsgebiet bekannten Voraussetzungen - aufgebaut wäre (1019). Daraus folgt, daß auf ein Handeln des nichtsäumigen Genossen **n i c h t** abzustellen ist (1020), - gleichgültig, ob er mangels rechtzeitigiger Ladung nicht erschienen oder trotzdem im Termin anwesend ist (1021)! Ohne Berücksichtigung eines derartigen Hinderungsgrundes werden daher stets "die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen": - das ist die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO!

Für vorliegende Streitfrage bedeutet dies, daß der nicht erschienene, aber trotzdem nach den allgemeinen Prozeßregeln nicht säumige Genosse die Anwendbarkeit des § 62 ZPO begründet und damit ein Versäumnisurteil sowohl gegen ihn als auch gegen die anderen - wirklich säumigen! - Genossen nicht ergehen kann (1022). Damit zeigt sich die Bedeutung dieser Regelung, daß die Fiktion unbeeinfluß-

-
- 1019) Dem trägt die Arbeit mit dem Hinweis Rechnung (-vgl. oben S. 107/108-), daß dieser dem § 62 ZPO eigentümliche Rechtserfolg hier mit dem Begriff der "Erstreckungswirkung" umschrieben wird; an bereits bekannte Rechtsbegriffe kann ohnehin nicht angeknüpft werden. Vgl. dazu auch -gleicher Ansicht- Lent, IuJ 90/88 vor V.
- 1020) Anders jedoch Fuhr, S. 23; Kisch, S. 43; Lent IuJ 90/75; Levetzow, S. 86; RGZ 61/399; RG JW 1905/727; Samper, S. 36; - nach dem Dargelegten kann ihnen darin aber nicht gefolgt werden.
- 1021) Baumbach-Lauterbach, § 63 ZPO, Anm. 2 B a, bejahen dies nur für den Fall des Erscheinens.
- 1022) Ebenso Levetzow, S. 85.

bar stets bei Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse eingreift; sie hat also in den Prozeßhandlungen des erschienenen Genossen nur ein besonders augenfälliges Betätigungsfeld zugewiesen erhalten, ist darauf aber keineswegs beschränkt (1023, 1024).

- c) Die differenzierte Behandlung der beiden Fallalternativen.

Sind also notwendige Streitgenossen säumig und kann gemäß § 62 ZPO die Erstreckungswirkung nicht eingreifen (1025), so muß folglich gegen sie auf Antrag (1026) des Gegners ein Versäumnisurteil ergehen (1027). Aus dem Erfordernis der auch einer solchen Säumnisentscheidung voraus-

-
- 1023) - wie dies für die österreichische Regelung (-vgl. oben Note 900-) gefolgert werden muß, die ausdrücklich nur von den Prozeßhandlungen des erschienenen Genossen spricht, die für den ausgebliebenen wirken! -
- 1024) Vgl. auch oben S. 175.
- 1025) Es sei hier der besondere Fall in Erinnerung gebracht, mit dem sich diese Ausführungen beschäftigen: Der erschienene Genosse hat eine Handlung vorgenommen, durch die er rechtswirksam aus dem Prozeß ausgeschieden ist, so daß der nichterschienene Genosse in der Tat säumig ist (-vgl. oben Note 1007-).
- 1026) Ob der einfache Klageantrag ausreicht oder ein besonderer Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils erforderlich ist (-vgl. Baumbach-Lauterbach, § 331 ZPO, Anm. 1-), kann für die Arbeit ebenso dahingestellt bleiben, wie beim Anerkenntnis- bzw. Verzichts Urteil (-vgl. hierzu Schwab, ZZP 70/480-).
- 1027) So auch Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 C a; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V 2 (-mit Ausnahme der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft auf der Beklagtenseite, weil nach aaO. der Antrag nicht gegen alle gerichtet und deshalb "unbegründet" sei!-); a.A. Goldschmidt, Prozeß, S. 531/1d, 533/2d; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3b.

zugehenden Zulässigkeitsprüfung (1028) ergibt sich aber für die beiden Fallalternativen der notwendigen Streitgenossenschaft eine im Ergebnis wesentliche Unterscheidung:

aa) Zweite Alternative des § 62 ZPO

Die konkret-notwendige Streitgenossenschaft (1029) weist jeden gegen diese gerichteten bzw. von ihr ausgehenden Klageanspruch als unzulässig aus, sobald auch nur einer der Genossen am Prozeß nicht beteiligt ist, denn nur alle zusammen sind prozeßführungsbefugt (1030). Das Versäumnisurteil muß also stets auf Abweisung der Klage - gleichgültig auf welcher Parteilinie sich die Streitgenossenschaft befindet (1031) - als unzulässig lauten.

Nach Eintritt seiner Rechtskraft ergibt dieses Versäumnisurteil, daß die Rechtslage der anderen Genossen weder auf der materiell-rechtlichen (1032) noch auf der prozessualen Ebene (1033) mitentschieden ist: Das Versäumnisur-

-
- 1028) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 330 ZPO Anm. 2d; Stein-Jonas, § 331 ZPO, Anm. III 2.
- 1029) Vgl. oben Note 142.
- 1030) Ebenso Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B I c 2; vgl. auch oben S. 124 f.
- 1031) So auch Fuhr, S. 14 vor § 8; Samper, S. 37; Wachenfeld, S. 139; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B Ic; a.A. Kisch, S. 44; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. V 2; Walsmann, S. 90, 96.
- 1032) - denn die Klage des säumigen Genossen wurde als *p r o z e s s u a l* unzulässig abgewiesen, so daß die sachlich-rechtliche Seite des Rechtsstreits unberührt geblieben ist; vgl. Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 300 ZPO, Anm. 2 A b, und § 322 ZPO, Anm. 4 zu "Prozeßurteil". - Der Grundsatz der - sachlich - einheitlichen Entscheidung wird also dadurch nicht berührt (so auch Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IV b).
- 1033) - d.h. die Prozesse der Genossen, die sie auf Grund ihrer vorausgegangenen Klagerücknahme jederzeit von neuem anhängig machen könnten -

teil gegen den einen Genossen bleibt ohne Einfluß auf die etwaigen zeitlich nachfolgend ergehenden Entscheidungen der anderen Genossen. Nachdem aber diese Prozesse nur dann zu einem sachlichen Erfolg führen können, wenn a l - l e Genossen daran beteiligt sind - auch der im früheren Säumnisverfahren als säumig unterlegene (1034) -, können in diesem Fall keinerlei Einwendungen erhoben werden, die sich auf eine angebliche Benachteiligung (1035) der anderen Genossen stützt: Eine zeitlich nach dem Versäumnisurteil ergehende Streitentscheidung des gemeinsamen Rechtsverhältnisses der Genossen mit Wirkung für und gegen diese alle bleibt daher immer noch möglich.

bb) Erste Alternative des § 62 ZPO.

Die abstrakt-notwendige Streitgenossenschaft (1036) läßt die Einzelklage des bzw. gegen den einzelnen Genossen z u (1037); einer s a c h l i c h e n Entscheidung - auch in Form eines Versäumnisurteils - kann daher nichts im Wege stehen, soweit die Klage schlüssig ist.

Hier wird also durch das Versäumnisurteil und dessen Rechtskraftwirkung (1038) die Rechtslage der anderen Genossen auch auf der m a t e r i e l l -rechtlichen Ebene (1039) mitentschieden (1040). Dieses Ergebnis bedarf

-
- 1034) - die vorausgegangene Prozeßabweisung hindert ja nicht einen erneuten Rechtsstreit über dieselbe Sache (vgl. oben Note 1032) -
- 1035) Die Arbeit hat bereits oben zu Note 741 und vorher die Einführung eines "Günstigkeitsgedankens" abgelehnt.
- 1036) Vgl. oben Note 141.
- 1037) Vgl. oben Note 1027 und S. 123 zu d/aa.
- 1038) Vgl. oben S. 43 f. zu b.
- 1039) Vgl. im Gegensatz dazu für die Situation bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft oben Note 1032.
- 1040) - unter der Einschränkung verstanden, daß ein schlüssiger Klageantrag vorliegt! -

wegen der strengen Wertungsneutralität (1041) der notwendigen Streitgenossenschaft und der Stellung der einzelnen Genossen keiner weiteren Rechtfertigung als des Hinweises, daß die Eigenartigkeit dieser Fallalternative des § 62 ZPO für eine solche Lösung selbst verantwortlich ist: Könnte doch auch ein - bei dieser Art der Streitgenossenschaft mögliches - Nebeneinander von Rechtsstreiten nichts daran ändern, daß der zuerst beendete Rechtsstreit über diesen Streitgegenstand zugleich die gesamte Rechtslage gestaltet und deshalb für etwaige spätere Prozesse der übrigen Rechtsbeteiligten hierüber präjudiziell wirkt (1042)! Ein Grund, weshalb es dann bei einem Miteinander von Prozessen der geschilderten Art anders sein sollte, ist deshalb nicht anzuerkennen.

2. Abschnitt: Der Stillstand des Prozesses.

§ 1: Die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO und die Folgerungen der herrschenden Meinung.

Faßt man lediglich den Fortgang des Verfahrens ins Auge und läßt dabei die materiell-rechtliche Entwicklung - wie sie vom Urteil beeinflusst wird - außer Betracht, so kann auch die Unterbrechung (1043) des Prozesses sowie die Aussetzung (1044) des Verfahrens als eine Art von

1041) Vgl. oben S. 112 f., insbesondere Note 456.

1042) Gerade hierdurch würde die Gefahr einer Rechtskraftkollision begründet werden, die dieser Fallalternative des § 62 ZPO zu eigen ist (-vgl. dazu Schwab, Lent-Festschrift, S. 279 zu II 4b, sowie BGH NJW 1959/1683-).

1043) Vgl. §§ 239 f. ZPO.

1044) Vgl. §§ 65, 148, 247 ZPO.

"Beendigung" (1045) bezeichnet werden. Durch die Abhängigkeit der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO von dem "Medium" (1046) des Urteils ergibt sich aber von vornherein die Unanwendbarkeit (1047) des § 62 ZPO, weil bei diesen Prozeßlagen ein Urteil eben nicht gefällt wird. Die Unzulänglichkeit (1048) dieser gesetzlichen Regelung tritt insbesondere hier wieder zutage, - kann doch auch von der "Säumnis" des den Stillstand auslösenden Genossen nicht die Rede sein (1049): Damit steht mit der h.M. (1050) die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO fest (1051); der betreffende Genosse kann also nicht "als durch die nicht säumigen vertreten angesehen" (1052) werden.

Die Folge wäre auf Grund der Mehrheitlichkeit (1053) der von den einzelnen Genossen betriebenen Verfahren, daß

-
- 1045) - abgesehen bei diesem groben Vergleich von der Tatsache, daß auf Grund der Fortsetzungsmöglichkeit in der Tat besser von einem Verfahrensstillstand gesprochen wird! -
- 1046) Vgl. oben S. 76 und Note 293.
- 1047) Vgl. unten Noten 1050, 1051.
- 1048) Vgl. oben Noten 640, 553. Ob diese Feststellung auch hier zutrifft, vgl. unten S. 240 zu § 2c und dort zu Note 1067.
- 1049) So auch Samper, S. 68 zu III; Lent IhJ 90/95 vor 2.
- 1050) Vgl. unten Note 1054.
- 1051) Soweit die h.M. (-vgl. unten Note 1054-) teilweise auf Grund des falsch verstandenen Vertretungsgedankens vom "fehlenden" Handeln des betreffenden Genossen ausgeht, kann sie aus obigen Gründen (-vgl. oben S. 232 f.-) ohnehin nicht gebilligt werden.
- 1052) Vgl. den Wortlaut des § 62 ZPO (-oben S. 5 -).
- 1053) Denn auf Grund der Eigenständigkeit der mehreren Prozesse kann der Verfahrensstillstand nur immer auf den betroffenen Prozeß des jeweiligen Genossen einwirken, nicht aber auch auf die anderen. Hinsichtlich des Mehrheitlichkeitsgrundsatzes vgl. oben S. 58 f.

der Rechtsstreit gegen den erschienenen Genossen seinen Fortgang nähme und mit einem Urteil abgeschlossen würde, während der Prozeß des den Stillstand veranlassenden Genossen diese Entwicklung erst nach Beseitigung der Stillstandsursache nehmen könnte. Wegen der darin erblickten Gefahr widersprechender Entscheidungen besteht daher Einigkeit (1054) darüber, daß der Stillstand ein n e s der Verfahren der Genossen die gleiche Stilllegungswirkung bei den Prozessen der anderen Genossen nach sich ziehen müßte. Demgegenüber vertritt die Arbeit jedoch eine abweichende Meinung (1055).

§ 2: Kritik an der herrschenden Meinung hinsichtlich dieser Prozeßlage.

a) Zweite Alternative des § 62 ZPO.

Hier steht das Prozeßführungsrecht nur allen Genossen gemeinsam (1056) zu und kann deshalb nur von a l l e n

1054) Vgl. u.a.:
Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 C c; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/aa, und § 239 ZPO, Anm. 1; Frank, ZZP 13/204; Fuhr, S. 23; Goldschmidt, Prozeß, S. 532/h und S. 534; Hachenburg, S. 72; Hellwig System I, § 123 IV 2; KG RsprOLG 23/94; Kisch, S. 43 f.; Kohler, S. 102, Anm. 2; Lent IhJ 90/96 vor 2; Levetzow, S. 84 f.; Meyer-Hirschmann, § 62 ZPO, Anm. 4; OLG Karlsruhe HRR 1935-Nr. 1075; OLG München, Seuff.Arch. 70/165-Nr. 94; RGZ 106/142; RG JW 1893/343, 1898/280, 1905/533, 1906/142; RG WarnRspr 1916/97-Nr. 58; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3d; Samper, S. 68 zu III; Seuffert-Walsmann, § 63 ZPO, Anm. 2; Skonietzki-Gelpcke, § 239 ZPO, Anm. 1; Stein-Jonas, § 59 ZPO, Anm. III 4, § 62 ZPO, Anm. VI 1; Sydow-Busch, § 239 ZPO, Anm. 1; Walsmann S. 90/1; Warneyer ZPO, § 62 ZPO, Anm. II; Wieczorek § 62 ZPO, Anm. B II a; Wolff, S. 33; Zöllner, § 62 ZPO, Anm. 2.

1055) So auch Hellwig System I, § 123 IV 2; Levetzow, S. 85; RGZ 41/415, 51/97; RG JW 1905/533; ebenso wohl auch Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 2 und 3d.

1056) Vgl. oben S. 128 zu Note 521.

Genossen gemeinsam ausgeübt werden (1057): Dieser bemerkenswerte Umstand wird von der h.M. völlig unberücksichtigt gelassen. Bei entsprechender Würdigung ergibt sich aber, daß die übrigen Genossen nach der Ausschaltung des einen Genossen *n i c h t* mit sachlichem Erfolg "weiterprozessieren" (1058) können: Die Klage muß insoweit als unzulässig (1059) abgewiesen werden und eine Grundlage für divergierende *S a c h* entscheidungen ist deshalb nicht zu erkennen. Der Ansicht, weshalb sodann der Stillstand des Prozesses des einen Genossen zwangsläufig auch den Stillstand der anderen Prozesse nach sich ziehen *m ü ß t e* (1060), ist damit der Boden entzogen. Für die konkret-notwendige Streitgenossenschaft (1061) folgt daher die Arbeit der h.M. nicht.

b) Erste Alternative des § 62 ZPO.

Die Zulässigkeit der Einzelklage (1062) in diesem Falle enthebt die Arbeit einer Nachprüfung in vorgenannter Richtung (1063); es bleibt daher lediglich zu untersuchen, ob die Wahrung des Einheitlichkeitsgrundsatzes auch in dieser Prozeßlage der notwendigen Streitgenossenschaft

-
- 1057) Vgl. oben S. 123 f. und unten Note 1058.
1058) So ausdrücklich Lent IhJ 90/96 vor 2.
1059) Vgl. oben S. 128 zu Note 519. Das ist aber noch kein Grund, deshalb das gesamte Verfahren auszusetzen (-so aber Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B II a 2-).
1060) So besonders Wolff, S. 33; Samper, S. 69, die allerdings von der gemeinsamen *S a c h* legitimat-ion (-vgl. dazu oben S. 127 f. und Note 521-) ausgehen!
1061) Vgl. oben Note 142.
1062) Vgl. oben S. 123 zu d/aa.
1063) Vgl. oben S. 238 zu § 2a, und ebenso Lent IhJ 90/96 vor 2.

gesichert ist. Da aber die Eigenart dieser Prozeßfigur der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft in der Rechtskraftwirkung des zeitlich früheren Urteils für das nachfolgende besteht (1064) und mit dem ersteren bereits die restlichen Verfahren präjudiziell entschieden sind, ist die Möglichkeit divergierender Sachentscheidungen bei ihr von vornherein ausgeschlossen (1065): Damit entfällt auch für diese Art der notwendigen Streitgenossenschaft die Notwendigkeit, den Verfahrensstillstand eines der Genossen auf die übrigen auszudehnen (1066). Auch hier lehnt somit die Arbeit das Ergebnis der h.M. ab.

c) Zusammenfassung.

Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß in beiden Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft der Vorwurf der unzulänglichen Regelung (1067) hier ungerechtfertigt ist; obgleich die Vorschrift des § 62 ZPO nicht angewendet werden kann, ist die für diese Prozeßlage aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen herzuleitende Regelung in seinem Ergebnis sowohl für die Theorie als auch für die Praxis zu billigen.

-
- 1064) Vgl. oben S. 38 zu Note 138, und Note 141 sowie S. 44 zu Note 160.
- 1065) a.A. offenbar Lent IhJ 90/96 vor 2.
- 1066) So auch Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B II a 1. In Anlehnung an das Fehlen eines "Günstigkeitsprinzips" (-vgl. dazu oben S. 113/114 vor d und S. 89 zu Note 345-) kann auch hier nicht die "Benachteiligung" des vom Stillstand betroffenen Genossen als Gegenargument anerkannt werden (-a.A. Wolff, S. 34 vor V; Samper, S. 69-).
- 1067) Vgl. oben S. 237 zu Note 1048.

5. Kapitel

Rechtsmittel und Rechtsbehelf

1. Abschnitt: Grundlagen für die Anwendung des § 62 ZPO auf Rechtsbehelfe.

§ 1: Ausgangspunkt für die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO bei der Einlegung des Rechtsbehelfs.

Zu den interessantesten Problemen des bearbeiteten Fragenkreises gehört zweifellos die Behandlung der Rechtsbehelfe (1068) bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft. Hier wird der Lösungsvorschlag der Arbeit in schärfsten Gegensatz zur h.M. treten: Läßt nämlich jene die Erstreckung des vom tätigen Genossen ergriffenen Rechtsbehelfs in seinen Wirkungen auf den säumigen Genossen zu (1069), so lehnt diese hier eine solche rechtliche Möglichkeit strikte ab! Keiner Erörterung bedarf hierbei wohl der Umstand, daß das unter den notwendigen Streitgenossen bestehende Gemeinschaftsverhältnis allein noch nicht den Ausschlag dafür abzugeben vermag (1070), der h.M. zu folgen. Es verbleiben vielmehr lediglich die aus der Idee des Gemeinschaftsverhältnisses der Genossen und damit letztlich aus der Forderung der einheitlichen Entscheidung entwickelten

-
- 1068) Ohne damit auf die Begriffsbestimmung des Rechtsbehelfs - als außerhalb des Arbeitsthemas liegend einzugehen, wird hier die oben (S. 117 f. zu Kapitel 1) bereits behandelte Klage ausgeklammert (-vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 511 ZPO, Anm. 1; Wieczorek § 511 ZPO, Anm. A II a, b; Rosenberg, Lehrbuch § 132 I 1, 3-).
- 1069) Vgl. dazu die im folgenden angegebene Literatur.
- 1070) Dies vermochten diese Überlegungen bei den vorher erörterten Problemen ja ohnehin auch nicht zu erreichen!

Grundsätze (1071) auch für dieses Problem als alleiniger Maßstab.

Allerdings nimmt die Arbeit bereits an dieser Stelle vorweg, daß damit die Erstreckung der Rechtsbehelfswirkung auf den säumigen Genossen als eine etwa unabdingbare Folge von Rechtsbehelfseinlegung (-durch den tätigen Genossen-) einerseits und Einheitlichkeitsgrundsatz andererseits hier noch nicht festzustehen braucht (1072). Denn es ist auch eine andere Lösungsalternative als die Anwendung des § 62 ZPO denkbar, ohne hierbei die erarbeiteten Grundsätze zu verletzen. Gerade sie an den Eingang der folgenden Überlegungen gestellt, lassen eine von der h.M. abweichende Entwicklung der Problemlösung erkennen. Dies ist aber im einzelnen nun zu untersuchen.

§ 2: Ablehnung der "Unauflöslichkeit" der notwendigen Streitgenossenschaft.

Die Erstreckung der Rechtsbehelfswirkung auf den säumigen Genossen wird weitgehend auf das Fortbestehen der notwendigen Streitgenossenschaft über das erstinstanzielle Urteil hinaus gestützt. Soweit deshalb im Schrifttum die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft für "unauflöslich" (1073) gehalten wird, hat sich aber auch hier eine einheitliche Linie dafür, was hierunter eigentlich gemeint ist, nicht durchzusetzen

-
- 1071) - wie sie bereits bei Erörterung der Prozeßhandlung und deren Beeinflussung durch § 62 ZPO zusammengestellt wurden (vgl. oben S. 175 f.); bea. auch oben S. 107 zu § 2-
- 1072) "Bestand eine notwendige Streitgenossenschaft in der unteren Instanz, so ist darum nicht ohne weiteres das Fortbestehen einer solchen in der nächsthöheren Instanz notwendig" (Sitzler, S. 26 zu § 4 a.E.).
- 1073) So Lent IuJ 90/65 vor 2; Fuhr, S. 40/41; Samper, S. 41 zu b.

vermocht (1074): Während einerseits die Unauflöslichkeit darin erblickt wird, daß "der einzelne Genosse nicht unabhängig von den anderen Genossen die Rechtskraft des Urteils in seinem Prozesse herbeiführen (könne) und es ihm unmöglich (sein sollte), aus dem Prozeß auszuschneiden" (1075), andererseits dies "aber nicht so verstanden werden (dürfe), daß die Streitgenossen ... aneinander gekettet sind, bis der Gesamtprozeß beendet ist" (1076), gehen beide Richtungen sogar so weit, die notwendige Streitgenossenschaft ad infinitum zu bejahen (1077). Die Arbeit hat sie jedoch bereits widerlegt (1078), soweit sie dem einzelnen Genossen die Befugnis zum Ausscheiden aus der notwendigen Streitgenossenschaft noch vor dem Ziel des gemeinsamen Urteils absprechen; für ein weiteres Fortbestehen dieser Prozeßfigur (1079) über das von ihr

-
- 1074) - ganz abgesehen davon, daß auch ihre Anhänger die heftige Umstrittenheit dieser Ansicht nicht verkennen (vgl. Fuhr, S. 41) -
- 1075) So Fuhr, S. 40 zu III.
- 1076) So Samper, S. 42.
- 1077) Dies ergibt sich aus der Beurteilung der Wiederaufnahmeklage: Nicht nur wenn das einheitliche Urteil der Erstinstanz ergangen ist, sondern sogar wenn es bereits länger als 5 Jahre rechtskräftig geworden ist, soll - soweit nur die Wiederaufnahmefrist wenigstens bei einem der Genossen noch läuft - die notwendige Streitgenossenschaft noch fortbestehen (so Samper, S. 50 vor c; Fuhr, S. 46 zu 2a)!
- 1078) Vgl. hierzu oben S. 89/90, 109 f., 152 f., 145 zu Note 597 und S. 146 zu Note 598 sowie S. 150 zu Note 621.
- 1079) Unbestreitbar stehen auf der materiell-rechtlichen Seite Bindungen aus der Rechtsgemeinschaft, deren Rechtssituation den Gegenstand des Prozesses bildet. Dieser Umstand darf jedoch nicht - wie bei Samper, S. 42; Fuhr, S. 40/41 - zu der Verwechslung führen, daß auch auf der prozeßrechtlichen Seite die dortigen Beziehungen allein seinetwegen unauflöslich seien.

erreichte und dem Einheitlichkeitsgrundsatz gerecht werdende Urteil hinaus bestent aber weder ein rechtliches noch logisches Bedürfnis (1080). Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

a) Allgemein-rechtliche Gründe.

Die notwendige Streitgenossenschaft ist kein konkretes Gebilde des Prozeßrechts, das durch sich selbst im Prozeß erkennbar wird und eine eigene Bedeutung (1081) hat, sondern sie ist vielmehr eine gedankliche Subsumtion von Folgen des Prozeßrechts, die zur Aufrechterhaltung der prozessualen Ordnung aus tatsächlichen oder materiellrechtlichen Voraussetzungen gezogen werden müssen (1082). Mit anderen Worten kann die notwendige Streitgenossenschaft nicht als ein innerhalb des Prozeßrechts eine selbständige Rolle spielendes Subjekt dieses Rechtssystems begriffen werden, sondern lediglich als ein Objekt desselben, das von diesem zur Erreichung seiner Ziele geschaffen wurde. Folglich kann es eine darüber hinausgehende Eigenständigkeit nicht zugesprochen erhalten: Die notwendige Streitgenossenschaft wird durch den gemeinschaftlichen Beginn mehrerer Rechtsstreite von besonderer, sachlich-rechtlicher Ziel-

-
- 1080) Bei Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV 3, findet sich der Satz: "Die Vertretung dauert für alle Termine und Fristen solange fort, bis die Instanz beendet ist (oder der Säumige sich wieder am Verfahren beteiligt)". Dieselbe Meinung vertritt die Arbeit. Leider zieht Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 1, nicht die entsprechenden Konsequenzen aus der vorgenannten Belegstelle!
- 1081) - gedacht ist hier an die gegenständlichen Begriffe des Prozeßrechts wie z.B.: Partei, Klage, Antrag, Anspruch, Bestreiten, Prozeßhandlung, Frist usw.-
- 1082) Vgl. im Gegensatz zu oben Note 1081 etwa: Rechtskraft, Rechtshängigkeit, Beweisbedürftigkeit, Schlüssigkeit usw.

setzung existent (1083), indem die Mehrheitlichkeit dieser Rechtsstreite eben wegen dieser besonderen sachlich-rechtlichen Zielsetzung in einem Punkte prozessual zugunsten einer Einheit - nämlich dem Urteil - beseitigt wird (1084).

Ist aber dieser Rechtserfolg eingetreten, so ist die Tatbestandsmäßigkeit der zu diesem Erfolg benötigten Voraussetzungen erschöpft; sie können das erreichte Ergebnis nicht wiederholen (1085). Die von dem Gedanken der Einheitlichkeit der Entscheidung und der Divergenzvermeidung (1086) getragene Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft kommt sodann nicht mehr zum Zuge, wenn eine solche einheitliche Entscheidung bereits erreicht worden ist. Deshalb vertritt die Arbeit den Standpunkt, daß die zur Erzielung eines einheitlichen Urteils geschaffene Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft mit dem Erreichen dieses Zieles zu bestehen aufhört.

b) Logische Gründe.

Das Fortbestehen der notwendigen Streitgenossenschaft muß aber schon im Hinblick auf die zahlreichen Schwierigkeiten, die auch durch seine Anerkennung keineswegs beseitigt werden können, erheblichen Bedenken begegnen. Zur Nachprüfung der axiomen Behauptung, die notwendige Streitgenossenschaft bestünde auch nach Verkündung des erzielten einheitlichen Urteils fort, muß bereits die immer stärker werdende Durchdringung des recht-

1083) Vgl. oben S. 97, 119.

1084) Vgl. oben S. 62 zu Note 240.

1085) Vgl. dazu insbesondere oben S. 109 f. zu b.

1086) Vgl. oben S. 198 zu aa und oben Note 407.

lichen Denkens von solchen liberalistischen Überlegungen führen, die den Rechtsträger nicht nur im staatsrechtlichen Raum der Grundrechte in zunehmendem Maße als den allein von seinem individuellen, kollektivfremden Willen abhängigen Mittelpunkt der Rechtsordnung anerkennen. Wie kann demnach ein Rechtsgenosse aus lediglich verfahrensrechtlichen Gründen (1087) zur Weiterführung des Prozesses gegen seinen Willen oder sogar ohne sein Wissen gezwungen werden? Wie kann er auf der aktiven Parteilinie eines Rechtsstreits verbleiben müssen (1088), wenn er nicht aktiv bleiben will? Bedeutet für ihn die Klageerhebung zugleich die Verpflichtung, auch im Falle des Unterliegens sich an der Fortsetzung des Rechtsstreits in der Rechtsmittelinstanz zu beteiligen? Ist die Überbürdung des Kostenrisikos auf jenen Genossen, der gegen seinen Willen oder ohne sein Wissen in die Rechtsmittelinstanz gelangte, tatsächlich als rechtens zu bezeichnen (1089)?

Zur Beantwortung dieser Fragen kann keine Literatur und keine Rechtsprechung herangezogen werden, die expressis verbis hierfür zutreffen könnte; die Arbeit vertritt aber die Meinung, daß ihre Verneinung eben zu selbstverständlich ist.

-
- 1087) - anders ist freilich die Lage dann, wenn der Genosse sich nach materiellem Recht zum Weiterprozessieren verpflichtet hat! -
- 1088) Hiervon zu unterscheiden ist die durch Rechtsmitteleinlegung seitens des Gegners dem Genossen aufgezwungene Fortsetzung des Rechtsstreits!
- 1089) Bejahend Fuhr, S. 38; - aber nicht immer wird diese Problematik - wenigstens als Billigkeits=erwägung - verkannt (vgl. dazu Samper, S. 46; Wolff, S. 29).

c) Rechtsvergleichung von erst- und zweitinstantieller
Verfahrenseinleitung.

Wollte man der Unauflöslichkeit der notwendigen Streitgenossenschaft folgen, so müßten die vorstehenden Fragen vorbehaltlos bejaht werden können; hierzu vermag sich jedoch die Arbeit auch aus anderen Gründen nicht zu entschließen: Die Fortsetzung der notwendigen Streitgenossenschaft durch die zur nächsten Instanz führende Rechtsmittel einlegung wird nämlich weiter damit begründet, daß "der Instanzenzug ... eine Fortsetzung des Rechtsstreits" darstelle (1090); mit der Rechtsmittel einlegung sei "das (Erst-) Urteil gleichsam nicht mehr vorhanden" (1091)!

Gegen diese Meinung muß sich ein Widerspruch schon im Hinblick auf das in der Rechtsmittelinstanz geänderte förmliche Rechtsschutzziel erheben: Der Umstand, daß - sobald ein Rechtsbehelf eingelegt ist - der Rechtsstreit "weitergeht", berechtigt nicht, von der bloßen "Fortsetzung des Verfahrens" mit der Wirkung zu sprechen, daß die durch das Prozeßrechtsverhältnis geschaffenen Rechtsbeziehungen ohne weiteres bestehen bleiben würden. Denn während dort das Ziel ist, einen Rechtstitel für das behauptete Recht zu erwirken, liegt es hier gerade in dem Angriff gegen dieses bereits zumindest teilweise erreichte Ziel! Geht somit diese Ansicht offensichtlich daran vorbei, daß schon rein äußerlich nach dem Rechtsbehelfsantrag - der anerkanntermaßen primär nicht auf den geltend gemachten Anspruch, sondern zunächst auf Aufhebung der angegriffenen Entscheidung (1092) zu lauten hat - keine Rede davon sein kann,

1090) Ebenso Samper, S. 42.

1091) Vgl. Samper, S. 42.

1092) - die somit noch als existent betrachtet werden muß, sic! -

daß der Rechtsstreit "so weitergeht, als ob kein Urteil ergangen wäre" (1093), so übersieht sie auch die theoretische Seite dieser Rechtsbehelfe, die eine Entscheidung vor ihrer Rechtskraft der Nachprüfung einer höheren Gerichtsinstantz unterbreiten: Durch den damit verbundenen Suspensiveffekt wird der Eintritt der Rechtskraft gehemmt (1094) und damit doch zugleich vorausgesetzt, daß die nicht rechtskräftig werdende Entscheidung trotz ihrer erneuten Nachprüfung für diesen Zeitraum bestehen bleibt (1095)! Aber zugleich ermöglicht die Rechtsbehelfsinstantz auch ein Vertauschen der Parteirollen, so daß auch aus diesem Grunde schwerlich von einer bloßen Fortsetzung des erstinstanziellen Prozesses gesprochen werden kann.

Schließlich ist auch nicht einzusehen, weshalb der in der prozessualen Form der Klage geführte Angriff gegen eine Rechtssituation (1096) einer anderen Beurteilung unterzogen werden soll als der von der gleichen Grundhaltung getragene Angriff in der prozessualen Form des Rechtsbehelfs. Kann die Klage nur stets von allen (1097)

1093) So aber Samper, S. 43.

1094) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 511 ZPO, Anm. 1 B; Rosenberg, Lehrbuch § 132 I 2a.

1095) Deshalb wurde oben zurecht von der Erreichung des in § 62 ZPO gesteckten Zieles ausgegangen (-vgl. oben S. 245 vor b-)! Für die divergenzvermeidende Zielsetzung ist daher kein Raum mehr. Das auf den Rechtsbehelf ergehende Urteil ist aber als Objekt des Einheitlichkeitsgrundsatzes erst dann geeignet, wenn in der Rechtsbehelfsinstantz eine notwendige Streitgenossenschaft besteht: Nachdem diese Frage gerade zur Nachprüfung ansteht, scheidet eine darauf gestützte Argumentation als Lösungsvorschlag aus logischen Gründen aus!

1096) Vgl. oben Note 1079.

1097) - wie bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft (vgl. oben Note 142) -

notwendigen Streitgenossen erhoben werden (1098), so stehen die sämtlichen Überlegungen, die hierzu geführt haben, auch für den Rechtsbehelf! Gibt es keine prozessuale Pflicht, durch Mitklagen eine notwendige Streitgenossenschaft zu bilden oder ihr anzugehören (1099), so muß daraus die weitere Schlußfolgerung gezogen werden, daß diese Feststellung unabhängig davon gilt, in welcher Instanz sich die Prozesse der Genossen befinden.

Hierzu tritt aber noch eine weitere Überlegung: die Behandlung dieser Frage auf der Seite des den notwendigen Streitgenossen gegenüberstehenden Gegners. Dort ist anerkannt (1100), daß der Rechtsbehelf des Gegners gegen **a l l e** Genossen erhoben werden muß, um wirksam zu sein. Nachdem die Arbeit die Erstreckungsfunktion dergestalt aufgefaßt hat, daß es in Ablehnung der Begriffe aus dem Recht der Stellvertretung (1101) auf ein Handeln des erschienenen Genossen innerhalb eines Termins oder einer Frist **n i c h t** ankommen kann (1102), müßte bei einem "Fortbestehen" der notwendigen Streitgenossenschaft die einfache Rechtsbehelfseinlegung durch den Gegner ohne weiteres geeignet sein, sämtliche Prozesse der Genossen in die höhere Instanz zu bringen!

Auf Grund dieser geschilderten Gesamtlage der bei Klageerhebung und Rechtsbehelfseinlegung zum Tragen kommenden

-
- 1098) - worin die Arbeit letzten Endes die Anerkennung jener Imponderabilien erblickt, wie sie oben S. 245 f. zu b aufgezeigt wurden! -
- 1099) Vgl. oben S. 150 zu Noten 619, 621.
- 1100) Vgl. für viele: BGH NJW 1957/537, - und die Arbeit folgt grundsätzlich dieser Ansicht (vgl. unten S. 271 f.) -
- 1101) Vgl. oben S. 72, Note 274, sowie S. 82 zu aa.
- 1102) Vgl. oben Note 280 und S. 232.

Umstände sieht daher die Arbeit zwischen den beiden Instituten rechtsverwandte Beziehung, die eine unterschiedliche Behandlung bei der Frage der Anwendbarkeit der durch § 62 ZPO getroffenen Regelung nicht zulassen (1103).

d) Zusammenfassung für beide Alternativen des § 62 ZPO.

Ausgehend von der echten Auflösbarkeit des in der notwendigen Streitgenossenschaft geschaffenen prozessualen Gebildes (1104), welche auf dessen Charakter als bloßes prozessuales Rechtsobjekt von begrenzter Zielsetzung - der Divergenzvermeidung (1105) - gestützt ist, verschafft die Arbeit zusammen mit dem Ergebnis aus der Rechtsvergleichung von erst- und zweitinstantieller Verfahrenseinleitung zwar aus logischen Gründen mehr den Belangen des untätigen Genossen Gehör, - aber doch nur scheinbar. Denn diese Tendenz wird nicht von der Arbeit in die Lösung hineingetragen, sondern entspricht dem Wesenszug dieser Prozeßfigur: Da nämlich diese keine Mehrheitsbeschlüsse anerkennt (1106), ist von vornherein die Wirkung eines etwa den übrigen Genossen entgegenstehenden Willens eines einzigen von ihnen weder gehemmt noch ausgeschlossen; dieser Wertungsneutralität des von der Verfahrensordnung geschaffenen Gebildes wird daher durch eine strenge prozessuale Konzeption (1107) der Lösung entsprochen. Wird dieser bedeutende Gesichtspunkt

1103) Vgl. auch unten S. 270.

1104) Vgl. auch oben Note 1079.

1105) Vgl. oben S. 245 zu Noten 1085, 1086.

1106) Vgl. oben S. 150 zu Note 620.

1107) Vgl. oben S. 112 f. zu c.

erkannt, fehlt nach Ansicht der Arbeit sowohl die Befugnis als auch das Bedürfnis zu einer Korrektur dieser im Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft vorgezeichneten Problemlösung. Schon aus diesen grundsätzlichen Erwägungen wird hier daher eine Erstreckungswirkung für den vom tätigen Genossen eingelegten Rechtsbehelf für und gegen den untätigen Genossen verneint (1108, 1109).

Hieraus ist dann aber die Folgerung zu ziehen, daß für die Frage, auf welche prozessuale Weise die mehreren Prozesse der Genossen in die Rechtsbehelfsinstanz gebracht werden können, mangels Anwendbarkeit des § 62 ZPO ausschließlich auf das Prozeßführungsrecht zurückgegriffen werden kann (1110).

Deshalb muß davon ausgegangen werden, daß - gleichermaßen wie v o r Klageerhebung die Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft nicht existent ist - im Zeitpunkt v o r der Rechtsbehelfseinlegung von einem "Fortbestehen" der notwendigen Streit-"Genossenschaft" nicht mehr gesprochen werden kann. Aus diesem Grunde entfällt entgegen der h.M. (1111) nach der hier vertrete-

1108) "Bei der Einlegung von Rechtsbehelfen (Rechtsmittel) gegen ein Erkenntnis gibt es keine Vertretung kraft notwendiger Streitgenossenschaft, wie sie § 62 ZPO im Säumnisfalle anerkennt" (Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IV c). Vgl. auch Note 1109.

1109) Diese grundsätzliche Ablehnung der Erstreckungswirkung auf die Einlegung des Rechtsbehelfs unterstreicht auch die Bedenken, die sich aus der Erörterung des Fristbegriffs des § 62 ZPO (-vgl. oben S. 93 f.-) ergeben haben. "Er bezieht sich aber nicht auf gesetzliche Fristen... wie die für Rechtsmittel" (Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B II b unter Bezugnahme auf RGZ 157/33 -37-). Vgl. auch oben Note 1108).

1110) Vgl. unten S. 264 f. zum 3. Abschnitt.

1111) Für viele ihrer Vertreter seien hier nur genannt:
Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 C b;

nen Ansicht für dieses Stadium die Anwendbarkeit des § 62 ZPO (1112).

§ 3: Die Behandlung der Rechtskraft hinsichtlich der erstinstantiellen Entscheidung.

Durch die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft wird eine Erstreckungswirkung zugunsten der Einheitlichkeit der Entscheidung herbeigeführt, die durch das Medium dieser Entscheidung erkennbar wird (1113); eine unmittelbare Einwirkung dieser Regelung auf die Rechtskraft (1114) dieser Entscheidung selbst läßt sich aber zumindest der Vorschrift des § 62 ZPO nicht entnehmen. Da die notwendige Streitgenossenschaft vom Grundsatz der

BayObLG SeuffArch. 39/200-Nr. 136; Goldschmidt, Prozeß, S. 532 (Buchstabe f), S. 534 (Buchstabe f), S. 534 Anm. 2838; Johannsen LM (3) § 62 ZPO; Levetzow, S. 88 zu § 15; Nikisch, § 110 III/5; OGH BrZ NJW 1950/597; RG JW 1892/427, 1896/571 1898/113, 1903/21, 1903/149, 1906/338, 1919/105, 1938/1523; RGZ 38/416, 48/216, 60/269, 61/398, 64/321, 76/298, 91/414, 157/37; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3c; Schöнке-Schröder-Niese, § 26 V 2d; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3c; Sitzler, S. 50 zu § 10; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 A b; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 1; Warneyer ZPO, § 62 Anm. III; Zimmermann, S. 42 vor § 14; Zöllner, § 62 ZPO, Anm. 2, § 511 ZPO, Anm. 1b.

- 1112) Auch Wolff, S. 29, ist - obgleich er teilweise zu anderen Ergebnissen kommt - dieser Auffassung: "Es braucht ... § 62 nicht mehr angewendet zu werden; denn in dem Augenblick, in dem nur der eine Genosse das Rechtsmittel ergreift, besteht keine Streitgenossenschaft mehr"! Ebenso im Ergebnis Wiczorek, § 62 ZPO, Anm. B IV c.
- 1113) Vgl. oben S. 108 und dort Note 428.
- 1114) - gemeint ist hier die formelle Rechtskraft nach § 705 ZPO -

Mehrheitlichkeit ihrer Prozesse beherrscht wird (1115), muß für diese Frage davon ausgegangen werden, daß der durch die Zustellung des Urteils an den Gegner bewirkte Beginn der Rechtsbehelfsfrist für jeden der notwendigen Streitgenossen gesondert eintritt (1116), zumal die Herbeiführung der Unterlassung der Zustellung - unbeachtlich ihrer Prozeßhandlungsqualität (1117) - nicht unter den Tatbestand des § 62 ZPO gebracht werden kann (1118)! Entsprechend des differenzierten Ablaufs der den einzelnen Genossen eröffneten Rechtsbehelfsfristen treten somit zwangsläufig Schwierigkeiten für die Feststellung der

1115) Vgl. oben S. 58 f.

1116) So die h.M.; vgl. im einzelnen u.a.:
Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 Ab, § 516 ZPO, Anm. 2 A; BayObLG SeuffArch. 49/213-Nr. 120; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/dd alpha, § 516 ZPO, Anm. 1c/aa; Freudenthal-Sauerländer, § 61 ZPO Anm. 3 Aa; Fuhr, S. 37, 39; Hellmann, ZZP 17/17; Johannsen LM (3) § 62 ZPO; KG RsprOLG 23/95; Kisch, S. 114 f.; Meyer-Hirschmann, § 62 ZPO, Anm. 4; Nikisch, § 110 III/3 und /5; RG JW 1886/9, 1931/3541; RGZ 48/419, 49/428, 108/135, 157/35; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3c; Samper, S. 41 vor b; Schönke-Schröder-Niese, § 26 V 2d; Seuffert-Walsmann, § 516 ZPO, Anm. 1c; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Aa; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 1; Sydow-Busch, § 516 ZPO, Anm. 3; Warneyer, ZPO, § 62 Anm. II; Wieczorek, § 62 ZPO, B II a, B IV c3; Wolff, S. 25; Zöllner, § 62 ZPO, Anm. 2;
teilweise a.A. Goldschmidt, Prozeß, S. 531/ 1e und S. 534/e; RG JW 1892/393, 1883/5 (-früher-).

1117) Vgl. die hierauf abgestellte Anwendung des § 62 ZPO durch Dreyer Gruchot 38/39 und dazu Wolff, S. 25.

1118) Vgl. oben Note 1116.
Für diese Handlung besteht - von einem Termin ganz zu schweigen - keine Frist, die die Anwendung dieser Vorschrift rechtfertigen würde (-so auch RGZ 48/420-); insbesondere könnte die uneigentliche 5-Monate-Frist der §§ 516, 552 ZPO nicht genügen (-ebenso Kisch, S. 117; Samper, S. 41 vor b; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IIb; Wolff, S. 25; a.A. aber Fuhr, S. 40-); vgl. oben S. 94.

Rechtskraft auf, weil diese von der Unanfechtbarkeit der einheitlichen Entscheidung abhängt (1119).

Während die frühere Meinung (1120) durch die Erstreckung der Zustellungswirkung seitens eines Genossen auf die anderen den einheitlichen Ablauf der Rechtsbehelfsfrist bejahte (1121), gilt heute die Entscheidung solange nicht für rechtskräftig, wie einer der Genossen noch die Möglichkeit hat, selbst einen Rechtsbehelf zu ergreifen (1122).

Die Entscheidung zwischen diesen beiden Ansichten ist aber lediglich von der einfachen Alternative abhängig, ob das allen notwendigen Streitgenossen gegenüber ergangene einheitliche Urteil für alle unangreifbar wird, wenn ein einziger von ihnen dieses Urteil "rechtskräftig" werden läßt: eine andere Frage gibt es nicht. Sie bejahen würde bedeuten, daß die Entscheidung auch für jene Genossen unanfechtbar werden würde, für die die Rechtsbehelfsfrist noch nicht abgelaufen ist oder die auf Grund ihrer bisherigen Säumnis von der Entscheidung noch nichts wissen, - also für alle jene, bei denen die Prozeßordnung das Bedürfnis für Überlegungen hinsichtlich eines Angriffs auf die Entscheidung anerkennt. Dieser Grundsatz wäre nach Überzeugung der Arbeit mit der weitgehenden Willensbezogenheit (1123) unserer Rechtsordnung und der Institution der

1119) Vgl. oben Note 1114.

1120) Die einzelnen, auch für dieses Problem nuancenreichen Ansichten hier wiederzugeben, sieht die Arbeit nicht als ihre Aufgabe an; durch ihre Begründung mit der dort im einzelnen der Regelung des § 62 ZPO bzw. § 59 C.P.O. gegebenen Konzeption interessieren sie hier ohnehin nur in ihrem Ergebnis.

1121) Vgl. für viele RGZ 30/345; RG JW 1892/393.

1122) Vgl. RG JW 1931/3541.

1123) Vgl. oben S. 246.

Rechtsbehelfsfrist nicht in Einklang zu bringen (1124); auch die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft ist daher zu einem solchen Eingriff nicht befugt. Die Arbeit folgt deshalb der h.M. (1125) und stützt sich hierbei auf den Einheitlichkeitsgrundsatz, wie er in seiner Beschränkung (1126) der Mehrheitlichkeit der Prozesse seine besondere Ausgestaltung gefunden hat: Hiernach ergeht nicht nur eine inhaltlich für die einzelnen Verfahren der Genossen einheitliche Entscheidung und es liegen demnach nicht lediglich inhaltlich gleiche - aber mehrere - Entscheidungen für die jeweiligen Verfahren der Genossen vor, sondern sie ergeht auch äußerlich als eine einzige förmliche Entscheidung (1127, 1128).

Geht man von dieser Sachlage aus, so ergibt sich, daß die nämliche Entscheidung nicht für den einen der Genossen rechtskräftig, für den anderen wiederum noch nicht rechtskräftig sein kann. Wird darüberhinaus daran festgehalten, daß die Rechtskraft erst dann einzutreten vermag, wenn für keinen der Genossen mehr die Möglichkeit des Rechtsbehelfs besteht, so ist ein etwaiger Verlust dieser Möglichkeit bei einem der Genossen nur so zu verstehen, daß er lediglich sein Recht betrifft, s e i n e n Prozeß in die Rechtsbehelfsinstanz zu

-
- 1124) "Es wäre ein Unding, für die anderen Genossen eine Frist als in Lauf gesetzt zu betrachten, von deren Beginn sie keine Kenntnis haben" (Samper, S. 40); vgl. auch Wolff, S. 26; RGZ 48/420; Stein-Jonas, § 62 ZPO Anm. I 3, § 62 ZPO, Anm. VI 1; Kisch, S. 174 f.
- 1125) Vgl. oben S. 253 zu Note 1116.
- 1126) Vgl. oben S. 62 zu Note 240.
- 1127) Vgl. oben S. 41 f. zu § 2.
- 1128) Es kann somit garnicht der Fall eintreten, daß letztlich zwei rechtskräftige Urteile vorliegen könnten (-wie Lent I nJ 90/78 vor 3, und /86 befürchtet-)!

bringen (1129); die Rechtskraft der Entscheidung selbst - gleichsam als die andere Seite der Rechtsbehelfsmöglichkeit - bleibt davon aber unberührt (1130, 1131). Für irgendwelche "Nützlichkeits-" oder "Schädlichkeits"-erwägungen ist auf Grund der Wertungsneutralität (1132) der notwendigen Streitgenossenschaft auch in diesem Zusammenhang kein Raum.

Die praktische Folgerung aus dieser Lage besteht aber darin: Verliert einer der Genossen für seinen Prozeß die Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsbehelfs, so kann dennoch eine Rechtskraft der vorangegangenen einheitlichen Entscheidung mit der Wirkung, daß sie dem Rechtsbehelf der anderen Genossen entgegenstände, **n i c h t** eintreten! Es handelt sich ja insoweit um eine einzige

-
- 1129) So schon KG RsprOLG 3/148; RGZ 38/427, 48/420, 76/298, 157/37; ebenso Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IV c.
Trotzdem kann dieser Umstand nicht ohne Bedeutung bleiben; vgl. hierzu unten S. 264 f. zu § 1.
- 1130) Sie als "in der Schwebe" zu bezeichnen (-so für viele Wolff, S. 27; Lent IhJ 90/83, /87; RGZ 157/38; Sydow-Busch, § 516 ZPO, Anm. 3-), ist nicht notwendig, weil die Rechtskraft ja - wie in jedem Falle - solange nicht eintreten kann, wie die Möglichkeit eines Rechtsbehelfs besteht! Dies erkennt Rosenberg, ZZP 57/184 (-insbesondere S. 222-) und in der Besprechung zu RG JW 1931/3541, der deshalb zur Klarstellung für den Entwurf der ZPO aus dem Jahre 1931 einen entsprechenden Zusatz fordert. Schon RG JW 1892/427 hielt den Eintritt der Rechtskraft insoweit für "gehemmt" (-vgl. jetzt Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3c-).
- 1131) Damit ist auch die Frage beantwortet, die Wolff (S. 26) im Hinblick auf die Möglichkeit aufwirft, daß ein Genosse erst seinen Rechtsbehelf einlegt, **n a c h d e m** der andere Genosse die Rechtsbehelfsfrist hat verstreichen lassen: Da die Rechtskraft nicht eintreten konnte, ist der Rechtsbehelf des späteren Genossen unter diesem Gesichtspunkt für zulässig zu erachten (-vgl. Wolff aaO-); ob aber nicht noch andere Gründe entgegenstehen, bleibt damit noch offen. Vgl. hierzu unten S. 264 f. zu § 1.
- 1132) Vgl. oben Noten 345, 741 sowie S. 112 zu Note 456.

Entscheidung, so daß der Eintritt ihrer inneren wie auch äußeren Rechtskraft nicht verschieden beurteilt werden kann. Aus dem Verlust der Rechtsbehelfsmöglichkeit für den einen - untätigen - Genossen und dem Umstand, daß d i e s e r die Abänderung der Entscheidung nicht mehr veranlassen kann, ist aber noch nicht darauf zu schließen, daß die Entscheidung d i e s e m Genossen gegenüber nicht mehr abgeändert werden könnte - nämlich durch den Rechtsbehelf der übrigen Genossen, soweit letzterer zulässig ist (1133)-: Für eine solche Rechtskonsequenz fehlte jede Grundlage, nachdem oben (1134) klargestellt wurde, daß die Entscheidung solange nicht rechtskräftig werden kann wie einem der Genossen noch eine Angriffsmöglichkeit zusteht (1135, 1136)!

2. Abschnitt: Die einzelnen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel.

§ 1: Beschwerde und sofortige Beschwerde.

Als eines der eigentlichen Rechtsmittel (1137) könnte die Beschwerde des tätigen Genossen für den Normalfall zur Anwendung des § 62 ZPO gehalten werden, wenn dabei die

1133) Vgl. dazu unten S. 264 zu § 1.

1134) Vgl. oben S. 254 zu Note 1122.

1135) Für die Frage, ob und wie die Entscheidung über den Rechtsbehelf des tätigen Genossen auch gegenüber dem untätigen Genossen wirken kann, vgl. unten S. 266 zu Note 1186 und S. 268 zu Note 1202.

1136) a.A. Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/dd alpha; RG JW 1886/91 im Gegensatz zu RGZ 157/38.

1137) Vgl. für die nach der Lehre übliche Zuordnung oben Note 1068.

Fortentwicklung des gemeinsamen Prozeßablaufs betrachtet wird. Abgesehen von der grundsätzlichen Unanwendbarkeit (1138) des § 62 ZPO greifen zwar auch hier Bedenken wegen der Problematik der unterschiedlichen Vornahmemodalität (1139, 1140) dieser Prozeßhandlung ein, wenngleich ihnen nach dem Arbeitsvorschlag (1141) schließlich keine Bedeutung zukommen kann. Wesentlich bleibt vielmehr, ob auch hier die Voraussetzung der notwendigen Streitgenossenschaft vorliegt: nämlich das Erfordernis der einheitlichen Entscheidung. Ergeht diese bei der Beschwerde auch nicht in der Urteilsform (1142), so ist doch zu beachten, daß die Beschwerdeentscheidung auf dem Wege über das spätere einheitliche Sachurteil -als "Medium" (1143)- dem untätigen Genossen gegenüber zur Wirkung kommen muß; nur dann nämlich kann ja die Erstreckungswirkung des § 62 ZPO eingreifen. Ist dies nicht der Fall -mit anderen Worten: wird die Beschwerde nicht zugleich auch im gesamten Interesse aller Genossen geführt-, so könnte schon begriffsmäßig die Vorschrift des § 62 ZPO nicht eingreifen (1144)! Aber selbst wenn diese Frage bejaht wird, bleibt es nach

-
- 1138) Vgl. oben die theoretischen Erwägungen S. 241 f.
1139) Vgl. oben S. 96.
1140) Auch bei der Beschwerde nach §§ 567, 569 ZPO ist die Einlegung sowohl durch Einreichung eines Schriftsatzes als auch durch Erklärung zu Protokoll (-vgl. Baumbach-Lauterbach, § 569 ZPO, Anm. 3 B, Stein-Jonas, § 159 ZPO, Anm. I C, § 569 ZPO, Anm. IV; a.A. Rosenberg, Lehrbuch § 145 II/2, § 61 II/1b alpha-) möglich.
Außerdem ist für die sofortige Beschwerde nach § 577 ZPO darauf hinzuweisen, daß ihre Einlegungsfrist eine Notfrist darstellt; vgl. hierzu oben S. 94.
1141) Vgl. oben S. 97 vor § 5.
1142) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 573 ZPO, Anm. 3 C.
1143) Vgl. oben S. 100 zu § 6 sowie Note 293.
1144) Vgl. oben S. 99 f. und dort Note 394.

Ansicht der Arbeit bei der grundsätzlichen Verneinung der Erstreckungswirkung von Beschwerdeeinlegung und -entscheidung (1145), - wird doch abweichend vom ursprünglichen Streitverhältnis ein neues begründet und insoweit der untätige Genosse seiner bisherigen prozessualen Lage entoben (1146)! Deshalb hält die Arbeit die Vorschrift des § 62 ZPO bei der Beschwerde des nichtsäumigen Genossen für **n i c h t** anwendbar.

§ 2: Berufung, Revision und Einspruch.

a) Die Stellung des untätigen Genossen als "Beteiligter".

Die in § 62 ZPO ausgesprochene dürftige Regelung hat auch zu einer uneinheitlichen Meinungsbildung darüber geführt, ob die Einlegung der Berufung -von der im folgenden stellvertretend für die Revision und den Einspruch gesprochen werden wird, weil für die letzteren im Ergebnis dasselbe zu gelten hat (1147)- durch den tätigen Genossen bei Untätigkeit der anderen von jener Erstreckungswirkung erfaßt wird. Die klare Lösungsalternative -nämlich: § 62 ZPO ist anwendbar oder nicht- wurde um eine Variante vermehrt: In Bejahung des § 62 ZPO soll der säumige Genosse zwar nicht als Rechtsmittelpartei, wohl aber als "Beteiligter" (1148) am Instanzenzug angesehen werden; dieser Ansicht ist die h.M. gefolgt (1149).

1145) Vgl. oben Note 1138.

1146) Vgl. die gleiche Lage bei der Klageerweiterung bzw. -beschränkung (-oben S. 139-).

1147) Das Fehlen des Suspensiveffekts beim Einspruch ist für vorliegende Frage ohne jede Bedeutung!

1148) So RGZ 157/33; OGH BrZ NJW 1950/598 zu Abs. 6 (-bea. unten Note 1149-).

1149) Vgl. hierzu als Vertreter der
a) Parteistellung:

Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/dd alpha (-vgl. aber auch hier unten b-); Levetzow, S. 90; RG JW

Trotzdem blieb jene Konstruktion nicht ohne Widerspruch (1150), - und mit Recht: Die Verfahrensordnung kennt als Prozeßpersonen lediglich die Parteien und den Streithelfer (1151). Da die h.M. am Bestehen der notwendigen Streitgenossenschaft festhält (1152) und folglich der untätige Genosse weiterhin Streitgenosse bleibt, kann seine Stellung als "Beteiligter" nicht mit der des Streithelfers nach §§ 66, 69 ZPO identisch sein (1153), - ganz abgesehen davon, daß diese Form der Drittbeteiligung im Prozeß gerade die Aktivität (1154) voraussetzt, deren Fehlen eben den Ausgangspunkt der vorliegenden Streitfrage bildet! Liegt daher kein der Streithilfe angenäherter Teilnahmehemodus vor, so bleibt für die Stellung des "Beteiligten" lediglich der Parteibegriff als von der

1903/21, 149, 1905/114, 1926/1596; RGZ 13/409, 38/426, 76/298, 90/44; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 3 c; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 1 (-mißverständlich zu Anm. VI 2!-); Wieczorek, § 62 ZPO Anm. B IV c4;

b) Beteiligtenstellung:

Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 Cb; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/dd beta (-vgl. aber auch hier oben a-); OGH BrZ NJW 1950/598 zu Abs. 6 (-während zu Abs. 4 die gegenteilige Ansicht vertreten wird!-); OLG München HRR 1942/Nr. 652-(1); RG JW 1938/1523; RGZ 157/38; Samper, S. 42 zu b, 45 f.; Schönke-Schröder-Niese § 26 Vd; Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3 c; Sitzler, S. 52 zu a (a.E.); Sydow-Busch, § 519 ZPO, Anm. 3c.

- 1150) Vgl. vor allen Lant IhJ 90/80 zu 1.
- 1151) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 50 ZPO, Anm. 1; Übersicht vor § 64 ZPO, Anm. I, und Vorbemerkung vor § 50 ZPO, Anm. V (letzter Abs.); Rosenberg, Lehrbuch § 39 III 4.
- 1152) Vgl. oben S. 242 f. zu § 2.
- 1153) - denn dann müßte er als Partei angesehen werden (vgl. Baumbach-Lauterbach, § 69 ZPO, Anm. 2 A)-; die von Wolff, S. 29, gezogene Parallele besteht daher nicht! -
- 1154) - durch den Beitritt nach § 70 ZPO -

Verfahrensordnung anerkanntes Rechtsschutzsubjekt. Wird von ihr dieser Terminus zweilen auch nicht immer einheitlich gebraucht (1155), so ist dieser Umstand hier jedoch deshalb ohne Bedeutung, weil der "Beteiligte" nach seinem Wesensinhalt bereits "aus dem Rechtsstreit prozessual ... ausgeschieden" (1156) sein soll: Dann kann er aber nicht mehr Partei sein (1157). Als weitere Folgerung ergibt sich daraus unwiderleglich, daß die Prozeßperson des "Beteiligten" dem Erkenntnisverfahren der ZPO fremd ist (1158).

Muß aber schon zweifelhaft sein, ob eine solche Neuschöpfung von Rechtsbegriffen außerhalb des Gesetzesrechts noch mit den Aufgaben und Befugnissen der Rechtsprechung zu vereinbaren ist (1159), so steht auch der diesem Begriff eigentümliche Inhalt unter der gleichen Fragwürdigkeit (1160): Mit der einzigen Wendung, der "Beteiligte" sei "prozessual ausgeschieden, ... (aber) Teilnehmer des Rechtsstreits als Streitgenosse" (1161) geblieben, ist lediglich eine verwirrende Gleichsetzung von nichtgleichsetzbaren Gegensätzen ausgesprochen (1162),

-
- 1155) Vgl. §§ 41 Ziff. 1 und 42 Abs. II ZPO sowie Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 50 ZPO, Anm. 1.
- 1156) Vgl. oben Note 1148.
- 1157) Diese Ansicht vertritt die Arbeit auf Grund der Unanwendbarkeit des § 62 ZPO ohnehin; aber vgl. Fuhr, S. 37/38, der den untätigen Genossen aber noch als unmittelbare Prozeßpartei betrachtet, und die Literatur bei Note 1149.
- 1158) Soweit dieser Begriff im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auftritt (vgl. § 13 Satz 1 FGG), besagt er dort ohnehin dasselbe wie hier der Parteibegriff.
- 1159) - eine Behandlung dieser allgemeinen Rechtsfrage scheidet hier thematisch aus -
- 1160) Ausführlich weist Lent IhJ 90/80 f. zu 1 darauf hin, daß die Stellung des "Beteiligten" unklar ist.
- 1161) Vgl. oben Note 1148.
- 1162) Die dem Beteiligtenbegriff innewohnende Gegensatzlichkeit hat auch Lent IhJ 90/80 f. zu 1 zum Kriterium für seine ablehnende Meinung genommen.

der Lösung des vorgenannten Problems durch Errichtung neuer Probleme aber nicht gedient worden.

b) Die Bedeutung der Fristversäumung.

Diese vorgenannten, bei der Anwendung des § 62 ZPO auf die Einlegung von Berufung, Revision und Einspruch unlös-
baren Streitfragen (1163) bestärkt die Arbeit in ihrer
Verneinung der Erstreckungswirkung dieser Rechtsbehelfe
hinsichtlich des säumigen Genossen (1164). Hierzu treten
außerdem noch die Bedenken wegen des Charakters der für
diese Rechtsbehelfe vorgeschriebenen Fristen nach §§ 516,
522, 338 ZPO, die nach dem Gesetzeswortlaut Notfristen
darstellen (1165). Sie bestätigen die ablehnende Ansicht
der Arbeit. Insoweit kommt es daher auch nicht auf
die unterschiedlichen Auffassungen (1166) darüber an,

-
- 1163) Vgl. sowohl S. 245 f. zu b als auch die von Lent
IhJ 90/81, Anm. 2, aufgeworfene Frage, ob dem Be-
teiligten - als Nichtpartei! - etwa auch das
lediglich der Partei vorbehaltene Rechtsmittel der
Revision zusteht.
- 1164) Vgl. oben S. 241 zu § 1 und S. 251/252 vor § 3;
so auch im Ergebnis Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm.
4a/dd alpha; a.A. Freudenthal-Sauerländer, § 61
ZPO, Anm. 3 A d.
- 1165) Vgl. oben S. 94. Bea. hierzu außerdem Wieczorek,
§ 62 ZPO, Anm. B II b, der jedoch mit seiner An-
sicht alleinsteht.
- 1166) Sie reichen von der Annahme des für die Anwendung
des § 62 ZPO erforderlichen Säumnistatbestandes
für den Fall, daß die Rechtsbehelfsfrist noch
n i c h t zu laufen begonnen hat, bis zur Beja-
hung der Säumnis, solange diese Frist n o c h
läuft (vgl. Fuhr, S. 39; Samper, S. 45 f.)!
Die klarstellenden Erörterungen über diese Frage
von Lent IhJ 90/84 f. zu IV, sind daher unter die-
sem Gesichtspunkt zu begrüßen.

wann einer der Genossen mit der Rechtsbehelfseinlegung säumig ist. Schließlich muß aber auch hier auf die Problematik der unterschiedlichen Vornahmemodalität (1167, 1168) hingewiesen werden.

§ 3: Wiederaufnahmeklagen.

Während die h.M. (1169) sowohl die Restitutionsklage als auch die Nichtigkeitsklage nach § 578 Abs. I ZPO der Erstreckungswirkung des § 62 ZPO unterwirft, besteht nach den dargelegten Grundsätzen für die von der Arbeit vertretene gegenteilige Auffassung kein Zweifel: Abgesehen von der Klagefrist des § 586 Abs. I ZPO, die als Notfrist wiederum die Anwendbarkeit des § 62 ZPO zweifelhaft erscheinen lassen muß (1170), würde die herrschende Ansicht dazu führen, den untätigen "Genossen" - der diese Stellung ja nach Erlaß der vorausgegangenen einheitlichen Entscheidung nicht mehr innehaben (1171) kann - zu einer Klageerhebung zu zwingen, ohne

1167) Vgl. oben S. 96.

1168) - können doch sowohl die Berufung und die Revision wie auch der Einspruch bereits v o r Fristbeginn rechtswirksam eingelegt werden (vgl. Baumbach-Lauterbach, § 516 ZPO, Anm. 1; § 552 ZPO, Anm. 1; § 339 ZPO, Anm. 1; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 2) -. Bea. auch oben Note 608.

1169) Vgl. u.a.:
Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4 C vor c; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/dd gamma; Fuhr, S. 46 zu 2; RGZ 96/52; Rosenberg, Lehrbuch § 156 II 1; Samper, S. 50 vor c; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Note 91 und § 62 ZPO, Anm. VI 2 (a.E.); Seuffert-Walsmann, § 62 ZPO, Anm. 3c (a.E.); Wolff, S. 30 vor c.

1170) Vgl. oben S. 94; hierzu besteht auch kein Anlaß: vgl. unten S. 264 f. zu § 1.

1171) Vgl. oben S. 251 a.E.

daß er dies vielleicht wollte bzw. wußte (1172) oder überhaupt bräuchte (1173)! Weder bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft (1174) noch bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft (1175) kann somit einer der Genossen im Klageerhebungsakt - sowohl bei der ersten prozeßeröffnenden Klage (1176) als auch bei einer der Wiederaufnahmeklagen - durch Bestimmungen der Verfahrensordnung zum "Mitmachen" gezwungen werden (1177)!

3. Abschnitt: Die Durchführung des Rechtsbehelfsverfahrens.

§ 1: Der Rechtsbehelf des einzelnen Genossen

a) bei der zweiten Alternative des § 62 ZPO.

Das Kennzeichen der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft (1178) ist der Umstand, daß das Prozeßführungsrecht - ohne Rücksicht auf die materiellrechtliche Sachbefugnis - a l l e n Genossen zusammen zusteht (1179). Dies zwingt nicht nur zur gemeinsamen Klageerhebung,

1172) Vgl. oben S. 246.

1173) Vgl. unten S. 268 zu Note 1198.

1174) Vgl. oben Note 142.

1175) Vgl. oben Note 141.

1176) Vgl. oben S. 117 f. zum 1. Kapitel.

1177) Damit ergibt sich auch keine Diskrepanz der Beurteilung von prozeßeröffnender erster Klage (-vgl. oben S. 118 f. zu § 1-) und Wiederaufnahmeklage, wie sie die h.M. herbeiführt!

1178) Vgl. oben Note 142.

1179) Vgl. oben S. 123 f. zu d, insbesondere S. 124 f. zu bb.

sondern nach der hier vertretenen Auffassung (1180) auch zur gemeinsamen Einlegung der Rechtsbehelfe (1181).

Verstößt einer der Genossen hiergegen (1182), so fehlt den übrigen Genossen das Prozeßführungsrecht, so daß ihr Rechtsschutzgesuch - sei es die Klage, sei es aber auch ein anderer Rechtsbehelf (1183) wie die Berufung oder der Einspruch - unzulässig (1184) wird.

Das hierauf ergehende abweisende Prozeßurteil muß nicht notwendigerweise gegen alle Genossen - also etwa auch gegen den untätigen - gerichtet sein, weil durch die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO und durch das Nicht-Fortbestehen der notwendigen Streitgenossenschaft zu einer einheitlichen Entscheidung keine prozeßrechtliche Möglichkeit vorliegt, - aber auch kein materiellrechtliches Bedürfnis, da doch auch das abweisende Prozeßurteil in der

-
- 1180) Vgl. oben S. 241 f., insbesondere S. 250 zu d.
- 1181) Da auch die Klage unter den Begriff des Rechtsbehelfs zu fassen ist (-vgl. unten Note 1183-), ist damit eine unterschiedliche Behandlung der einzelnen an ihm teilnehmenden Prozeßhandlungen vermieden (-vgl. oben Note 1177-).
- 1182) - durch Untätigkeit schlechthin - wie hier erörtert wird - oder durch Verzicht bzw. Rücknahme seines Teilnahmebeitrags (vgl. für den Rechtsbehelf unten S. 269 f. zu § 2) -
- 1183) Vgl. zum Umfang dieses Begriffs Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor § 511 ZPO, Anm. 1 A.
- 1184) Vgl. oben Note 1179; so auch Fuhr, S. 43 (-dort noch unklar, genauer S. 45 zu I und II vor § 12-). Ähnlich Wolff, S. 29; Hachenburg, S. 54; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/dd alpha (-die die Zulässigkeit bejahen und mangels Sachlegitimation den Rechtsbehelf verwerfen-); Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ac; während trotz Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs dieser als unbegründet verworfen wird von Samper, S. 43; Kisch, S. 119 f.; Meyer ZZP 14/368; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 2; RGZ 48/422 f., 157/33 (-unter ausdrücklicher Bejahung der Zulässigkeit-).

Sache selbst k e i n e Rechtskraft (1185) bewirkt.
Der untätige Genosse wird daher durch diese Entscheidung
nicht berührt (1186).

b) bei der ersten Alternative des § 62 ZPO.

Kann hier bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft (1187) jeder der Genossen allein prozessieren, so bestehen auch keine Bedenken, daß der Genosse gegen die einheitliche Entscheidung einen Rechtsbehelf zulässigerweise einlegen kann, o h n e hierbei auf die Mitwirkung der übrigen Genossen angewiesen zu sein (1188). Dies gilt umso mehr, als das anzugreifende Erkenntnis durch deren Untätigkeit nicht rechtskräftig werden konnte (1189). Die Besonderheit bei dieser Fallalternative des § 62 ZPO besteht aber darin, daß - soweit bei Erfolg des Rechtsbehelfs des tätigen Genossen die einheitliche Entscheidung entsprechend abgeändert werden muß und somit deren neuer Inhalt an die Stelle der vorausgegangenen tritt (1190) - der untätige Genosse an der durch sie bewirk-

-
- 1185) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 300 ZPO, Anm. 2 A/b; Rosenberg, Lehrbuch § 129 II 3.
- 1186) Damit ist für diese Fallalternative die oben zu Note 1135 aufgeworfene Frage beantwortet. Die Ansicht, daß der Genosse, der zulässig das Rechtsmittel eingelegt hat, also den Prozeß allein vorantreiben u n d ein neues Sachurteil erreichen könne (so Lent IuJ 90/80 vor 1), gilt daher nicht ohne Einschränkung; vgl. aber unten Note 1202.
- 1187) Vgl. oben Note 141.
- 1188) So auch Samper, S. 48.
- 1189) Vgl. oben S. 252 f. zu § 3.
- 1190) Besteht nur eine einzige Entscheidung (-vgl. oben S. 255 zu Note 1127-) und wird sie inhaltlich durch das Rechtsbehelfsgericht geändert, so ist ohne Zweifel diese Entscheidung nur mehr mit ihrem abgeänderten Inhalt existent und kann auch nur so dem untätigen Genossen gegenüber wirken!

wirkten Änderung der gemeinsamen Rechtslage teilhat. Diese Erstreckung der Rechtskraft hat jedoch nichts mit jener Erstreckungswirkung gemein, die aus der Anwendung des § 62 ZPO hergeleitet wurde: Denn diese ist eine durch das Medium (1191) der einheitlichen Entscheidung herbeigeführte Ausdehnung des vom nichtsäumigen Genossen gezeigten Prozessverhaltens (1192) als Folge der notwendigen Streitgenossenschaft und ihrer Regelung (1193); sie ist hier mit der Auflösung der notwendigen Streitgenossenschaft ausgeschlossen. Trotzdem aus letzterem Grunde der untätige Genosse nicht zur Partei (1194) der Rechtsbehelfsinstanz wurde, erstreckt sich die Rechtskraft der neuen Entscheidung auf ihn (1195), weil gerade sie die charakteristische Voraussetzung (1196) dieser den ersten Alternativfall des § 62 ZPO ausfüllenden materiellen Rechtsverhältnisse darstellt: Bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft handelt es sich ja gerade um solche Tatbestände, denen bereits nach materiellem Recht die Rechtskrafterstreckung einer vom tätigen Genossen erlangten Entscheidung auf den untätigen Genossen eigentümlich ist (1197)! Es ist daher

-
- 1191) Vgl. oben S. 108 und dort Note 428.
- 1192) Die durch die Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft herbeigeführte Erstreckung hat folglich in dem Prozeßverhalten (-vgl. oben Note 278-) des tätigen Genossen eine ganz andere Rechtswirkung zum Gegenstand!
- 1193) Vgl. oben S. 38 zu Noten 138, 139 und S. 43 zu b.
- 1194) Vgl. oben S. 259 f. zu § 2a, insbesondere Note 1157.
- 1195) Die h.M. bejaht dieses Ergebnis ohne Unterscheidung der beiden Alternativgruppen des § 62 ZPO nunmehr allgemein; vgl. für viele Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 2; RGZ 157/33.
- 1196) Vgl. oben Note 1193 und Wolff, S. 31.
- 1197) Auch Lent IhJ 90/82 geht davon aus, daß hier die Rechtskrafterstreckung "auf materiell-rechtlichen Verhältnissen unabhängig vom Prozeß beruht".

kein verständlicher Grund zu erkennen, weshalb im Falle der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft der untätige Genosse - der damit aus der prozessualen Rechtsgemeinschaft ausgeschieden ist - von den rechtlichen Wirkungen der vom tätigen Genossen herbeigeführten Entscheidung nicht erfaßt werden sollte, obgleich doch gerade dieses Ergebnis bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft auch dann eintreten würde, wenn er überhaupt nicht mitgeklagt hätte (1198)! Erstrecken die materiellen Rechtsvorschriften auf den Untätigen die Rechtskraft dieser Entscheidung - mag sie stattgebenden oder abweisenden Inhalt haben (1199)-, so ist jedenfalls ihnen nicht eine Unterscheidung nach erst- und zweitinstanziellem Erkenntnis zu entnehmen. Steht darüberhinaus auch das Prozeßrecht nicht entgegen (1200), so ergibt sich zwingend die von der Arbeit vertretene Meinung: Bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft kann jeder der Genossen zulässigerweise allein prozessieren, d.h. klagen und Rechtsbehelfe ergreifen, wobei im Gegensatz zur konkret-notwendigen Streitgenossenschaft (1201) der untätige Genosse durch die herbeigeführte - zweitinstanzielle - Entscheidung berührt wird (1202).

-
- 1198) Das Wesentliche dieser Fallalternativen besteht ja gerade darin, daß die anderen Genossen überhaupt nicht teilzunehmen brauchen!
- 1199) Vgl. zur Frage der ein- bzw. allseitigen Rechtskrafterstreckung Schwab, Lent-Festschrift, S. 279 f. sowie S. 298 zu V (a.E.).
- 1200) - da die erstinstanzielle Entscheidung nicht rechtskräftig wird (vgl. oben S. 257 vor dem 2. Abschnitt) -
- 1201) Vgl. oben S. 264 f. zu § 1 a.
- 1202) Vgl. oben Note 1186; damit ist zwischen den beiden Arten der notwendigen Streitgenossenschaft ein gewichtiger Unterschied aufgezeigt. Auch Wolff, S. 29, vertritt hier dieselbe Mei-

§ 2: Die Rechtsbehelfe aller Genossen und ihre Zurücknahme.

Nehmen alle Genossen am Rechtsbehelfsverfahren teil (1203) - und besteht damit wieder eine notwendige Streitgenossenschaft-, so unterliegt es keinem Zweifel, daß für dieses Verfahren dieselben Grundsätze gelten wie für das Verfahren der Erstinstanz; die Vorschrift des § 62 ZPO und die hieraus abgeleitete Regelung ist daher zwingend anzuwenden.

Demzufolge werden die Wirkungen des prozessualen Verhaltens (1204) des nichtsäumigen Genossen auch auf die säumigen Genossen erstreckt; auch die fristgerechte Begründung des Rechtsbehelfs nach §§ 519, 554 ZPO fällt hierunter (1205), weil die Frist hierzu eine eigentliche Frist ist und keine Notfrist darstellt (1206).

nung: "Das Urteil in der Berufungsinstanz ... schafft Rechtskraft auch gegenüber den nicht in die Berufung gehenden Genossen ... Es handelt sich um einen Rechtsstreit in der Berufungsinstanz, dessen Urteil auch Rechtskraft für andere hat, nämlich die in der ersten Instanz mitklagenden Genossen. Das Urteil schafft also auch Rechtskraft gegenüber den Streitgenossen erster Instanz, trotzdem diese nicht Partei der zweiten Instanz geworden sind"; eine Begründung wird hierfür allerdings nicht vorgetragen. - Zum gleichen Ergebnis gelangen Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/cc alpha und Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ac a.E.

1203) - sei es durch eigene Rechtsbehelfseinlegung, sei es durch Rechtsbehelfseinlegung des Gegners gegenüber jeden von ihnen (vgl. hierzu unten S. 271 f.)-

1204) Vgl. oben Note 278.

1205) So auch Baumbach-Lauterbach, § 62 ZPO, Anm. 4B; Förster-Kann, § 62 ZPO, Anm. 4a/dd delta und § 554 ZPO, Anm. 2; Fuhr, S. 16; Lent IuJ 90/89; Samper, S. 50; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. IV 2; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IV c3.

1206) Vgl. die oben S. 93 (zu b) erarbeiteten Grundsätze.

Im Hinblick auf die Parallele (1207) zur Klage muß wie deren Rücknahme (1208) auch die Rücknahme der anderen Rechtsbehelfe nach §§ 515 Abs. II, 566, 346 ZPO diesen abgeleiteten Grundsätzen unterliegen und kann somit in ihrer Wirkung nicht auf die säumigen Genossen erstreckt werden (1209): - fehlt es doch an der von diesem tätigen Genossen erstrittenen Entscheidung als Medium (1210) der Erstreckungswirkung.

Ebenso ist die Situation beim Verzicht auf diese Rechtsbehelfe.

In beiden Fällen können wiederum die Bedenken wegen der unterschiedlichen Vornahmemodalität (1211, 1212) unterstützend herangezogen werden -da diese Erklärungen sowohl in mündlicher Verhandlung als auch schriftlich abgegeben

- 1207) Vgl. oben S. 247 f. zu c, und Baumbach-Lauterbach, § 515 ZPO, Anm. 2B (a.E.), 3A, die darauf hinweisen, daß "die Rücknahme der Berufung ähnlich der Klagerücknahme geregelt" ist.
- 1208) Vgl. oben S. 146 f. zu § 3, insbesondere S. 148 zu b.
- 1209) So auch Baumbach-Lauterbach, § 515 ZPO, Anm. 3C; Levetzow, S. 91; Samper, S. 51; Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ba; Wachenfeld, S. 144;
a.A:
Förster-Kann, § 515 ZPO, Anm. 3, § 62 ZPO, Anm. 4a/bb; Kisch, S. 113; Sitzler, S. 50 Ziff. 7; Wolff, S. 30 zu c.
- 1210) Vgl. oben S. 100 zu § 6 sowie Note 293.
- 1211) Vgl. oben S. 96.
- 1212) Ebenso Samper, S. 52, der zusätzlich aber auch noch auf die materiellrechtlichen Wirkungen des Eintritts der Rechtskraft hinweist; vgl. hierzu jedoch oben S. 141 zu § 1, und Wolff, S. 32 ("Auch durch Zurücknahme des Rechtsmittels durch einen der Genossen kann das Urteil nicht rechtskräftig werden").

werden können (1213) -, wenngleich ihnen letztlich die Arbeit eine Bedeutung abspricht (1214). Die Folge aber ist, daß eine Erstreckung für die übrigen Genossen in der Rechtsbehelfsinstanz nicht mehr erfolgt (1215), da der Rechtsbehelfsverzicht bzw. die Rechtsbehelfszurücknahme nur für den tätigen Genossen wirkt (1216). Auf Grund ihrer Säumnis kann mithin gegenüber ihnen ein Versäumnisurteil ergehen (1217)!

§ 3: Der Rechtsbehelf des Gegners.

Die Arbeit hat geklärt, daß die Anwendung des § 62 ZPO mit seiner Erstreckungswirkung das verfahrensrechtliche Bestehen der von der notwendigen Streitgenossenschaft gebildeten Prozeßfigur voraussetzt und diese Prozeßfigur mit der Erreichung der einheitlichen Entscheidung aufgelöst wird (1218). Gelangt der Verfahrensablauf bis zu diesem Abschluß, so ist daher zu folgern, daß sich der Prozeßgegner der notwendigen Streitgenossenschaft einem solchen Prozeßgebilde überhaupt nicht mehr gegenüberstellt! Diese Situation ist mit jener bei der Klageerhebung gegen eine zur notwendigen Streitgenossenschaft

-
- 1213) Vgl. z.B. für den Rechtsmittelverzicht Baumbach-Lauterbach, § 514 ZPO, Anm. 2 A; Rosenberg, Lehrbuch § 134 II 3; Wieczorek, § 514 ZPO, Anm. B II d1.
- 1214) Vgl. oben S. 270 zu Note 1211.
- 1215) Ebenso Samper, S. 53 zu d; Hellwig, System I § 123 IV 1.
- 1216) a.A. noch RG JW 1903/21, das diesen Prozeßhandlungen jegliche Wirkung abspricht! Ebenso teilweise Förster-Kann, § 514 ZPO, Anm. 2a/aa.
- 1217) -ohne hierbei gegen den Einheitlichkeitsgrundsatz zu verstoßen, wie Lent IuJ 90/89 vor VI meint; diese Bedenken wurden von der Arbeit bereits oben S. 152 f., S. 229 zu Note 1007, und S. 233 zu c entkräftet-
- 1218) Vgl. oben S. 242 f. zu § 2, insbesondere S. 245 zu Note 1085.

führenden Rechtsgemeinschaft vergleichbar (1219)! Die h.M. nimmt jedoch den Standpunkt ein, daß "ein Rechtsmittel gegen die eine notwendige Streitgenossenschaft bildende Gegenpartei ... nur zulässig (ist), wenn es frist- und formgerecht gegen alle Streitgenossen eingelegt" (1220) wurde.

Die Arbeit folgt grundsätzlich dieser Ansicht von der Unanwendbarkeit der in § 62 ZPO niedergelegten Regelung auf die Einlegung des Rechtsbehelfs (1221), kommt aber bei ihrer konsequenten Durchführung nicht immer zum selben Ergebnis: Denn die Unanwendbarkeit des § 62 ZPO für die Rechtsbehelfseinlegung kann nur für die Frage der Erstreckungswirkung der vom Gegner erhobenen Rechtsbehelfe von Bedeutung haben, nicht jedoch für die davon zu unterscheidende Frage der Zulässigkeit derselben. Kann nämlich der Gegner bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft seine Klage zulässigerweise selbst gegen e i n e n

1219) Vgl. oben S. 247 f. zu c.

1220) Vgl. dazu u.a. BayObLG SeuffArch. 47/86-Nr. 58; BGH NJW 1957/537-Nr. 3; Freudenthal-Sauerländer, § 61 ZPO, Anm. 3 Ab; Fuhr, S. 44 zu II; Goldschmidt, Prozeß S. 532/g und S. 534/g (-der jedoch für den Fall der auf der Aktivseite stehenden notwendigen Streitgenossenschaft der hier vertretenen Ansicht folgt-); Hellwig, System I § 123 IV 3; Lent IuJ 90/89 f. zu VI; OGH BrZ NJW 1950/597; OLG Hamburg GRUR 1958/78; RG JW 1905/726; RGZ 13/409, 36/345, 40/351, 61/398, 64/321, 71/370; Rosenberg, Lehrbuch § 95 III 5 (-der aber teilweise auch zur Unbegründetheit gelangt-); Samper, S. 49 (-der zwischen unbeschränkter und auf einen Genossen beschränkter Rechtsmitteleinlegung unterscheidet und in letzterem Falle zu ähnlichen Ergebnissen wie die Arbeit kommt-); Sitzler, S. 50 zu § 10; Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 2 und dort zu Note 85; Sydow-Busch, § 62 ZPO, Anm. 4 (- die daraus folgern, daß "vom Prozeßgegner ... eine Prozeßhandlung gegenüber einem Streitgenossen nicht mit rechtlicher Wirksamkeit gegen die übrigen vorgenommen werden kann"; vgl. dazu oben Note 278-); Warneyer ZPO, § 62 Anm. III; Wieczorek, § 62 ZPO, Anm. B IV d; Zöllner, § 62 ZPO, Anm. 2.

1221) Vgl. oben S. 251/252 vor § 3.

der beteiligten Rechtsgemeinschaften (1222) erheben und so zu einem Rechtserfolg gegenüber a l l e n gelangen, so ist nicht ersichtlich, weshalb er ein solches Ergebnis bei dieser Fallalternative nicht auch durch den Rechtsbehelf sollte erreichen können (1223, 1224)! Die h.M. (1225) ist daher in ihrem Ergebnis insoweit einzuschränken, als die Rechtsbehelfseinlegung seitens des Gegners nur bei der konkret-notwendigen Streitgenossenschaft in der Tat allen Genossen gegenüber erfolgen muß, da auch die Klage dort nur allen gegenüber zulässig (1226) ist. Denn: Eine Veränderung der Rechtslage kann dort nur erfolgen, wenn a l l e Rechtsgemeinschaften am Verfahren beteiligt (1227) sind. Bei der abstrakt-notwendigen Streitgenossenschaft muß allerdings der Einzelrechtsbehelf des Gegners gegen einen der Genossen für zulässig erachtet werden, denn hier wirkt die Veränderung der Rechtslage sogar dann, wenn an dem Verfahren auch nur e i n e r der Rechtsgemeinschaften beteiligt war! Daß bei der Rechtsbehelfseinlegung durch den Gegner einer solchen Rechtsgemeinschaft - die prozeßrechtlich unter die Vorschriften des § 62 ZPO fällt - in beiden Fällen weder die anzugreifende Entscheidung noch die Rechtskrafterstreckung der Rechtsbehelfsentscheidung dieser Lösung entgegenstehen, hat die Arbeit bereits eingehend nachgewiesen (1228).

-
- 1222) Vgl. oben S. 44 zu Note 162.
- 1223) Vgl. oben S. 266 f. zu § 1 b.
- 1224) So auch Skonietzki-Gelpcke, § 62 ZPO, Anm. 4 Ac (a.E.) und Samper, S. 50 vor c, für den Fall der ausdrücklichen Beschränkung des Rechtsbehelfs auf einen Genossen; diese Beschränkung ist aber - wie bereits dargelegt - nicht erforderlich!
- 1225) Vgl. oben S. 272 zu Note 1220.
- 1226) Vgl. oben S. 264 zu Note 1179, und oben Note 1224.
- 1227) Uneingeschränkt kann also der von dem Prozeßgegner eingelegte Rechtsbehelf nicht - wie Stein-Jonas, § 62 ZPO, Anm. VI 2 meinen - für in diesem Sinne zulässig bezeichnet werden!
- 1228) Vgl. oben S. 252 f. zu § 3, und S. 264 f. zu § 1.

6. Kapitel

S c h l u ß

1. Abschnitt: Zusammenfassung des Arbeitsergebnisses in seinen wesentlichen Punkten.

Die Dürftigkeit (1229) der in der Vorschrift des § 62 ZPO niedergelegten Regelung der notwendigen Streitgenossenschaft war der Ausgangspunkt für die vorliegende kritische Untersuchung; an diesem Vorwurf kann die Arbeit jedoch nicht mehr in vollem Umfange festhalten, - hat sie doch dieser Bestimmung vielmehr die Erstreckungswirkung (1230) (-mit dem Vertretungsverbot (1231) sowie der bedeutsamen Problematik der unterschiedlichen Vornahmemodalität bei einigen Prozeßhandlungen (1232)-) entnehmen können: als Ausfluß des Grundsatzes der einheitlichen Sachentscheidung (1233), der als der wesentlichste Inhalt der notwendigen Streitgenossenschaft (1234) zu bezeichnen ist. Damit erreichte die Arbeit in Verbindung mit der Zuordnung der notwendigen Streitgenossenschaft zu den - vor die Begründetheitsprüfung des prozessualen Anspruchs gestellten - absoluten Prozeßfragen (1235), daß ein Lösungsvorschlag geschaffen wurde, der den Forderungen von Lehre und Rechtsprechung gerecht werden kann. Dieser Vorschlag

-
- 1229) Vgl. oben S. 4 zu Note 14.
1230) Vgl. oben S. 65 zu § 1 f., S. 78 zu Note 301, und S. 107 zu § 2 a.
1231) Vgl. oben S. 72 zu Note 274 und S. 82 zu aa.
1232) Vgl. oben S. 96.
1233) Vgl. oben S. 36 zu § 1 und S. 2 zu Note 6.
1234) Vgl. oben S. 37 zu Note 128.
1235) Vgl. oben S. 123 f. zu d.

gelangt bei der Klage (1236) - ihrer Erhebung, Änderung, Erweiterung und Rücknahme - dazu, die Vorschrift des § 62 ZPO hierauf nicht anzuwenden und einen besonderen Gerichtsstand zu fordern (1237). Als das - wenn auch nicht ausschließliche - Hauptgebiet für die Erstreckungswirkung wurden sodann die Prozeßhandlungen des nichtsäumigen Genossen (1238) herausgearbeitet und dabei die Anwendbarkeit des § 62 ZPO für Anerkenntnis und Verzicht (1239) sowie Geständnis (1240) bejaht, jedoch für Prozeßvergleich und außergerichtlichen Vergleich (1241) verneint. In gleicher Weise wird auch die Unterlassung einer Prozeßhandlung als für den säumigen Genossen wirkend angesehen (1242), gleichwohl ihr aber die entsprechende Präklusionswirkung abgesprochen (1243). Für das widersprechende Prozeßverhalten aller Genossen (1244) kommt auch die Arbeit zur Unanwendbarkeit des § 62 ZPO und läßt nur eine teilweise beschränkte Bindungswirkung aus diesem Prozeßverhalten zu (1245). Für die Aufklärung verbleibender Unklarheiten wird allerdings eine klare, die Parteimaxime durchbrechende Vorschrift - ähnlich der des § 622 Abs. I ZPO - empfohlen (1246). Während das auf Grund dieses

-
- 1236) Vgl. oben S. 118 zu § 1, S. 129 zu § 2, S. 136 zu § 1, S. 137 zu § 2, S. 146 zu § 3.
- 1237) Vgl. oben S. 171 zu § 2.
- 1238) Vgl. oben S. 175 zu § 1 f.
- 1239) Vgl. oben S. 187 zu § 1.
- 1240) Vgl. oben S. 192 zu § 2.
- 1241) Vgl. oben S. 194 zu § 3.
- 1242) Vgl. oben S. 206 zu § 4.
- 1243) Vgl. oben S. 210 zu c.
- 1244) Vgl. oben S. 213 zu § 1 f.
- 1245) Vgl. oben S. 222 zu c.
- 1246) Vgl. oben Note 994.

Prozeßstoffes ergehende Endurteil (1247) als die für die mehreren Prozesse der Genossen einheitlich ergehende Entscheidung (1248) allgemein anerkannt ist, bejaht die Arbeit auch die Möglichkeit des Versäumnisurteils bei entsprechenden Sonderlagen (1249). Eine Erstreckungswirkung wird beim Verfahrensstillstand (1250) jedoch ebenso abgelehnt wie bei den Rechtsbehelfen (1251): Hier entscheidet sich die Arbeit gegen die h.M. dafür, den Rechtsbehelf sowohl des einzelnen Genossen (1252) als auch des Gegners gegenüber einem der Genossen (1253) nicht stets für unzulässig zu halten; für den Fall der Rechtsbehelfseinlegung durch bzw. gegen alle Genossen jedoch wendet sie die Vorschrift des § 62 ZPO auf das Rechtsbehelfsverfahren (1254), aber nicht auf die Rücknahme- bzw. Verzichtshandlung an.

Obschon eine Gleichbehandlung (1255) der beiden Fallalternativen der notwendigen Streitgenossenschaft schon wegen ihrer unterschiedlichen Voraussetzungen (1256) nicht zu erreichen war, kann der Lösungsvorschlag eine für die auftretenden Probleme einheitliche Konstruktion (1257) aufweisen. Damit wird der Versuch (1258) einer Lösung

-
- | | |
|-------|--|
| 1247) | Vgl. oben S. 226 zu § 1 und S. 108 zu Note 428 sowie Note 288. |
| 1248) | Vgl. oben S. 41 zu § 2. |
| 1249) | Vgl. oben S. 226 zu § 2. |
| 1250) | Vgl. oben S. 236 zu § 1. |
| 1251) | Vgl. oben S. 241 zu § 1. |
| 1252) | Vgl. oben S. 264 zu § 1. |
| 1253) | Vgl. oben S. 271 zu § 3. |
| 1254) | Vgl. oben S. 269 zu § 2. |
| 1255) | Vgl. oben S. 55 f. und S. 57 zu Note 224. |
| 1256) | Vgl. oben S. 36 zu § 1 und Noten 141, 142. |
| 1257) | Vgl. oben S. 8 zu Noten 27, 28. |
| 1258) | Vgl. oben S. 7 zum 2. Abschnitt. |

vorgelegt, der Lehre wie auch Praxis gemeinsam befriedigen könnte, ohne eine Gesetzesänderung (1259) vorzusetzen.

2. Abschnitt: Abschließende Betrachtung des Arbeitsergebnisses hinsichtlich seiner Stellung innerhalb des allgemeinen Prozeßrechts.

Der vorliegende Entwurf einer Lösung (1260) -der klar die Existenznotwendigkeit des § 62 ZPO bejaht (1261)- stellt weder die Forderung nach einem gemeinsamen Handeln der Genossen (1262) noch nach ihrem übereinstimmenden Handeln auf (1263). Er gründet sich auch nicht auf einen

-
- 1259) - wie es von Samper, S. 70, sowie Wolff, S. 40, und anderen gefordert wird!
Der von der Arbeit vorgeschlagene Zusatz an die gesetzliche Regelung über das Eingreifen der Erstreckungswirkung "soweit dies die einheitliche Urteilsfindung erfordert" (-vgl. oben S. 105-) bedeutet lediglich eine Klarstellung und somit nicht eine Gesetzesänderung im eigentlichen Sinn. Lediglich der geforderte Gerichtsstand (-vgl. oben Note 1237-) und die Einschränkung der Parteimaxime (-vgl. oben Note 994 a.E.-) würden eine entsprechende Gesetzesergänzung geringfügiger Art notwendig machen.
- 1260) Um Wiederholungen zu vermeiden, weist die Arbeit hinsichtlich der Zusammenfassung ihres theoretischen Lösungsergebnisses auf oben S. 105 f. zum 3. Abschnitt und der prozessualen Folgerungen hieraus auf oben S. 274 f. zum 1. Abschnitt hin.
- 1261) Vgl. dazu oben S. 2 zu Note 6 sowie Wachenfeld, S. 171 f., der diese Vorschrift für überflüssig hält; ebenso Wach, KrVJSchr. 14/344.
- 1262) Vgl. Lent IhJ 90/62; Levetzow, S. 25, 57; RGZ 90/45; Wachenfeld, S. 79; u.a.
- 1263) Vgl. Lent IhJ 90/63;
- in beiden Fällen des gemeinsamen und übereinstimmenden Handelns wäre die Vorschrift des

Eingriff in die Parteistellung der notwendigen Streitgenossen (1264), sondern vielmehr auf eine besondere Ausgestaltung in der Wirksamkeit ihrer Handlungen: Dies entspricht der Konzeption des § 62 ZPO, die in Form einer streng prozessualen Lösung (1265) aufzuspüren das Bestreben der Arbeit war. Sie hat deshalb im Hinblick auf den - wenn auch wirklich dürftigen - Wortlaut des Gesetzes in der denkbaren Lösungsalternative von Parteieinheit oder Entscheidungseinheit (1266) das letztere für die der ratio legis nächstkommende Problemlösung betrachtet: Für eine weitergehende Integration der mehreren (1267) Prozesse über die einzige einheitliche Entscheidung (1268) hinaus zeigt nach der hier vertretenen Ansicht das Prozeßrecht kein Bedürfnis, um jenen Anforderungen gerecht zu werden, die an seine Prozeßfigur der notwendigen Streitgenossenschaft vom materiellen Recht als Ausgang für die diese prozessuale Figur bildenden Rechtsgemeinschaften gestellt werden. Aus Gründen des materiellen Rechts nun auch hier im Prozeßrecht eine Entsprechung der Gesamthandsfigur (1269) in Form einer - früher allgemein sogenannten -

§ 62 ZPO mit ihrem jetzigen Inhalt überflüssig -

- 1264) - wie etwa im österreichischen Recht die Zusammenfassung zur "einheitlichen Streitpartei" (vgl. oben Note 900) -
- 1265) Vgl. oben S. 112 zu c und auch S. 109 zu b.
- 1266) Vgl. oben S. 49 zu § 3.
- 1267) Vgl. oben S. 58.
- 1268) Vgl. oben Note 1266;
- da sich nach dem von der Arbeit nachgewiesenen Ergebnis die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung auch dann befriedigen läßt, wenn die Parteien ihre unabhängige Stellung (-vgl. oben S. 59 zu Note 229-) beibehalten, bestand zu einem weitergehenden Eingriff als die Zusammenfassung der Entscheidungen kein Anlaß -
- 1269) Vgl. oben S. 42 zu Note 149 und S. 44 zu Note 162. Bea. auch BayOblG SeuffArch. 39/200-Nr. 136, das von einer "Art von Gesamtheit" spricht, während

"Sozietät" (1270) oder einer "einheitlichen Streitpartei" (1271) zu fordern, erscheint daher nicht zwingend geboten; eine solche Lösung würde wegen des sodann weiterhin ungeklärt bleibenden Einflusses des erschienenen Genossen ohnehin nicht weiterführen!

Nach dem Ergebnis der Arbeit besteht aber zu einer solchen angreifbaren Konstruktion allgemein weder eine Veranlassung (1272) noch eine Möglichkeit (1273); die Arbeit ist daher ohne sie ausgekommen. Folgt man ihren Einzelergebnissen, so dürfte damit ein sowohl für die Lehre als auch für die

schon BayObLG SeuffArch. 47/86-Nr. 58 klarstellte, daß die notwendige Streitgenossenschaft nicht eine "als einheitliche Person zu betrachtende Partei" darstelle, da "das Rechtsverhältnis der Streitgenossen zum Gegner durch die Tatsache der Streitgenossenschaft nicht beeinflußt wird und ... die einzelnen Streitgenossen in ihrer Eigenschaft als Beklagte oder Kläger dieselbe Stellung zu ihrem Gegner einnehmen, als wenn jeder von ihnen allein verklagt worden wäre oder allein geklagt hätte".

1270) Vgl. Fuhr, S. 24.

1271) Vgl. § 14 österr. ZPO (-oben Note 900-). Dort "fingiert das Gesetz, daß die mehreren Streitgenossen nur eine Partei seien" (Pollak, S. 200). Aber trotzdem werden die auch dort auftretenden Probleme nicht vom Gesetz selbst gelöst. Wie im deutschen Zivilprozeßrecht besteht daher auch dort das Erfordernis, alle Streitfragen vom Einheitlichkeitsgrundsatz abzuleiten. So wirken z.B. Verzicht, Anerkenntnis, Geständnis und Vergleich auch für und gegen die anderen säumigen Genossen, soweit keiner von ihnen rechtzeitig widerspricht; die Rechtsmitteleinlegung des einen Genossen bewirkt noch nicht die Einbeziehung des Säumigen in die nächste Instanz (-vgl. Pollak, S. 201 f.-)! Was mit der Betrachtung der notwendigen Streitgenossenschaft als "einheitliche Streitpartei" zu gewinnen wäre, ist daher nicht ersichtlich! Vgl. im übrigen oben S.49 f., 220 f. zu b.

1272) Vgl. oben Note 239 sowie S. 250 zu d.

1273) Vgl. oben S. 49 zu § 3 und Note 242.

Praxis annehmbarer Lösungsvorschlag für die bei der Durchführung der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO untersuchten -und vielleicht auch für die wegen ihrer Vielzahl unbesprochen gebliebenen weiteren- Einzelprobleme aufgezeigt sein.

L e b e n s l a u f

=====

Ich wurde am 6. November 1931 als einziges Kind des jetzigen Bundesposthauptsekretärs Wolfgang Behringer und seiner Ehefrau Margarete, geborene Nindl, in Amberg/Oberpfalz geboren. Nach dem vierjährigen Besuch der Volksschule in Nürnberg trat ich dort im Jahre 1942 in die Oberschule für Jungen "Am Laufer Schlagturm" - später in Realgymnasium Nürnberg umbenannt - ein, an der ich bis zu meiner Reifeprüfung in der neunten Klasse im Jahre 1951 verblieb. (Zwischenzeitlich war ich - bedingt durch die zweimalige Totalausbombung meiner Eltern - in den Jahren 1943-1945 Gast Schüler an der Oberschule für Jungen in Amberg/Oberpfalz.)

Im Wintersemester 1951/52 begann ich mein siebensemestriges Studium der Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen und legte dort im Sommer 1955 die Erste Juristische Staatsprüfung ab. Am 1. November 1955 trat ich in den Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare des Landes Bayern ein und unterzog mich nach einer dreieinhalb-jährigen Ausbildung in Nürnberg und Ansbach im Jahre 1959 vor dem Bayerischen Landesjustizprüfungsamt in München der Zweiten Juristischen Staatsprüfung.

Am 1. Januar 1960 wurde ich als Gerichtsassessor in den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst des Landes Bayern übernommen und bin seitdem an der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Würzburg tätig. Dort wurde ich mit Wirkung vom 1. Mai 1962 zum Staatsanwalt ernannt.

OFFSETDRUCK

GUGEL

Schreib- und Übersetzungsbüro

Würzburg, Ludwigstraße 1b, Telefon 54955